



Handelshögskolan  
VID GÖTEBORGS UNIVERSITET

Handelshögskolan vid Göteborgs universitet  
Juridiska institutionen

# Regleringen av immateriella rättigheter i dagens IT-avtal

---

En studie av avtalsskrivning vid IT-  
systemleveransavtal

Tillämpande studier, 30 hp

Programmet för juris kandidatexamen, termin 9

Ht 2010

Handledare: Christina Ramberg

Författare: Siri Mårtensson

## Innehåll

1. Inledning.....	3
1.1. Syfte och avgränsningar .....	3
1.2. Frågeställning .....	4
1.3. Källor.....	4
2. Bakgrund – affärsmässig kontext .....	5
2.1. Avtalstypen, i gränslandet mellan köp, hyra och tjänst .....	5
2.2. IT-systemets placering i beställarens verksamhet .....	5
2.3. Att äga eller icke äga, det är ofta frågan .....	6
2.3.1. Parternas intressen.....	7
2.4. Ändamålsenlig förhandling.....	8
2.5. Parternas styrkeförhållanden .....	9
2.6. Uppdragsavtal, samarbetsavtal eller anställningsavtal? .....	10
3. Rättslig kontext.....	10
3.1. URL och lagens förhållande till avtalet.....	11
3.1.1. Det upphovsrättsliga skyddet.....	11
3.1.2. Skyddets innebörd.....	12
3.1.3. Tvingande undantag i 2 kap. URL .....	12
3.1.4. Överlåtelse; övergång och upplåtelse av upphovsrättigheter .....	14
3.2. Skydd för företagshemligheter.....	14
3.3. Avtalslagen .....	15
3.4. Köplagen.....	16
3.5. Standardavtal .....	16
3.5.1. Standardavtalens betydelse för tolkning av individuella avtal.....	18
4. Tolkningsprinciper för övergång av upphovsrättigheter i uppdragsavtal.....	18
4.1. Specialitetsgrundsatsen och specifikationsprincipen .....	18
4.2. Ändamålsenlig tolkning.....	20
4.3. Tolkningsprincipernas tillämpning i praxis .....	22
5. Källkodsdeponering – en kompromiss? .....	23
5.1. Trepartsavtal eller tvåpartsavtal? .....	25
5.2. Alternativ till källkodsdeponering .....	25
6. Agila leveranser – på väg mot en mer ändamålsenlig systemleverans? .....	25
6.1. Den agila projektmetodens nackdelar .....	27
6.2. Reglering av upphovsrätter i agila systemleveransavtal .....	28
7. Exempelklausuler .....	29

7.1.	Leverantörsvänlig klausul .....	29
7.2.	Beställarvänlig klausul .....	30
7.3.	Kompromiss.....	31
7.4.	Regleringen i IT-Projekt 2008 .....	32
8.	Avslutande diskussion, slutsats .....	33
	Källförteckning.....	35

## 1. Inledning

Teknik är idag en integrerad och betydelsefull del av vårt samhälle och vårt affärliv. De flesta företag har olika IT-system som underlättar i delar av deras verksamhet. Listan över olika typer av IT-system kan göras lång, exempelvis kan nämnas affärssystem, bokföringssystem och tidsrapporteringssystem etc. En vanligt förekommande transaktion i affärlivet är följaktligen avtal om köp och utveckling av IT-system som ingås mellan ett företag (beställaren) och en IT-leverantör (leverantören). IT-systemen representerar materiella värden och kan många gånger kosta flera miljoner kronor att utveckla. Systemens funktion och driftssäkerhet är av stor betydelse för beställaren eftersom driftsstörningar i ett IT-system kan orsaka stora förluster och praktiska problem för verksamheten. För att beställaren ska kunna skydda sin IT-investering och för att leverantören ska kunna leverera systemet på ett ändamålsenligt sätt är avtalet ett viktigt styrdokument mellan parterna. Det är viktigt att ingenting lämnas åt slumpen. Mycket möda bör därför läggas på avtalsskrivandet. Det extra advokatarvode som det utökade arbetet med avtalsskrivningen kan komma att kosta är småpotatis i jämförelse med de belopp som en senare tvist kan generera.

Vid avtalsskrivning idag utgår avtalsförfattaren sällan från ett helt blankt papper. I normalfallet används ett tidigare avtal eller en avtalsmall som utgångspunkt, vilken sedan måste anpassas efter den specifika avtalssituationen. Märk väl att det aldrig finns färdiga avtal som kan kopieras och klistras in, utan alla avtal är unika. För att ändå uppnå en effektivisering av avtalsskrivningen är det en naturlig utveckling att många advokatbyråer lägger ner en hel del tid och arbete på att ta fram och utveckla mallavtal som sedan finns tillgängliga i en så kallad KM-databas.<sup>1</sup>

### 1.1. Syfte och avgränsningar

Syftet i den här uppsatsen är att lyfta fram och analysera olika avtalsskrivningar för kommersiella överlåtelse och upplåtelse av immateriella rättigheter i IT-avtal och då främst systemleveransavtal. Jag vill också belysa de grundläggande problem som äganderättsbegreppet skapar i transaktioner som avser immateriella rättigheter samt belysa de inbyggda motsättningar som ofta finns i avtal. För att kunna göra en analys av avtalen krävs en grundläggande förståelse för bakgrundsätten på området.

Immateriella rättigheter överläts och upplåts i ett stort antal transaktioner och det skulle bli allt för omfattande att behandla alla dessa typer av klausuler. Jag kommer därför endast att behandla immaterialrättsliga klausuler i IT-avtal. På så sätt blir det enklare att genomföra en meningsfull analys och jämförelse av klausulerna.

Systemleveransavtalen är ofta omfattande och innehåller ett flertal bilagor. Inte sällan uppgår sidantalet i avtalet till över 50 sidor. Därför kommer endast den del av avtalet som avser regleringen av de immateriella rättigheterna att behandlas i uppsatsen. Reglering av felansvar och garantier lämnas därför utanför framställningen. Likaså lämnas sakrättsliga spörsmål utanför framställningen.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> KM står för Knowledge Management, d.v.s. kunskapshantering.

<sup>2</sup> För studier av sakrättsliga spörsmål i förhållande till överlåtelse av immateriella tillgångar rekommenderar jag Jens Andreassons avhandling *Intellektuella resurser som creditsäkerhet, en förmögenhetsrättslig undersökning*.

Immateriella rättigheter representerar betydande värden för företagen och det är därför viktigt att regleringen av immaterialrätterna görs noggrant. En otydlig formulering eller en formulering som inte anpassats till det specifika avtalsförhållandet kan få förödande konsekvenser med stora skadeståndsbelopp som följd. För beställaren kan effekten av att samarbetet med leverantören upphör i vissa fall bli att de får kassera ett helt system som de betalt stora summor för att utveckla på grund av att de inte i avtalet erhållit rätten att använda och vidareutveckla systemet på egen hand. Eftersom avtalsskrivningen är så viktig och avtalsföremålet representerar stora värden är syftet med den här uppsatsen att skapa medvetenhet om hur klausulerna bör utformas och hur avtalsskrivningen kan förbättras.

I uppsatsen kommer jag att presentera exempel på typiska beställar- respektive leverantörsvänliga klausuler för att på så sätt underlätta vid avtalsskrivningen för båda parter. För varje part kommer jag också att belysa riskerna med vissa skrivningar och uppmärksamma vilka problem de kan medföra.

### *1.2. Frågeställning*

Den övergripande frågeställningen är:

- Hur skriver man en immaterialrättslig klausul i ett IT-avtal som är ändamålsenlig för båda parter?

Vidare berörs frågan om det kan finnas alternativa sätt att hantera det upphovsskyddade materialet exempelvis genom deponering av källkod hos en tredje part.

För en förståelse av bakgrundsrätten ställer jag mig också frågan; vad händer om immaterialrätterna lämnas oreglerade eller om klausulen är otydligt utformad? Vilka tolkningsprinciper blir tillämpliga och vad genererar de för resultat?

### *1.3. Källor*

Underlaget för uppsatsen varierar. För framställningen av den affärsmässiga kontexten och rättsläget idag används i första hand litteratur och artiklar inom området. Avtalsrättslig litteratur används i de delar som avser avtalstolkning. Det finns mycket information om IT-frågor på Internet av blandad kvalitet. Denna information har inte en sådan akademisk tyngd att den kan utgöra någon grund för framställningen. Den kan dock vara av värde för att belysa ställningstaganden, åsikter och trender i branschen. Information om partsförhållandena och vanligt förekommande praktiska exempel är hämtade från samtal som jag haft med praktiker som arbetar i branschen, dels jurister, dels användare och utvecklare av IT-system. Av hänsyn till de som ställt upp kommer jag inte att namnge dem.

Granskningen av exempelklausuler grundar sig på verkliga avtal. Av sekretesskäl kan jag inte nämna var dessa avtal är hämtade eller vilka parterna i avtalen är. Undantag görs för standardavtalen som finns tillgängliga i litteratur och materialsamlingar på området samt för sådana avtal som är offentliga och som finns tillgängliga på Internet som exempelvis avtalet mellan Apple Computer International och Lunds Universitet m.fl.

## 2. Bakgrund – affärsmässig kontext

Eftersom IT-systemet i de allra flesta fall ska anpassas efter kundens specifika verksamhet och behov, finns det inte ett system som är identiskt med ett annat. Vissa systemleveranser är omfattande och behöver genomföras i ett flertal steg medan andra är mindre och kan genomföras i färre steg. Det som beskrivs i det här kapitlet är därför en generalisering av hur systemleveransavtal brukar se ut, med en beskrivning av de mest grundläggande karaktäristiska dragen.

### 2.1. Avtalstypen, i gränslandet mellan köp, hyra och tjänst

Det typiska systemleveransavtalet går ut på att beställaren beställer ett IT-system av en IT-leverantör som ska utvecklas och anpassas efter beställarens specifika behov. Avtalet kan därför klassificeras som ett uppdragsavtal. Avtalsobjektet är sällan en färdig produkt som ska levereras från leverantören till beställaren utan består av en kombination av varor, information och tjänster. Det som levereras kan vara dels maskinvara, dels mjukvara. I de flesta fall överläts maskinvaran och mjukvaran upplåtes till beställaren. Anpassningen av systemet i beställarens verksamhet är en konsulttjänst av leverantören.<sup>3</sup> Systemleveransavtalet kan alltså klassificeras som en rättslig hybrid innehållande moment av köp, nyttjanderätt och konsulttjänst.<sup>4</sup>

Mjukvaran utgörs av datorprogram, teknisk information och dokumentation som behövs för att stödja och underhålla programvaran, teknisk know-how och eventuella databaser. I mjukvaran finns all den information som är föremål för upphovsrätten. Datorprogrammet består av en omfattande text med programkoder innehållande instruktioner till datorn. Dessa instruktioner kallas med ett samlingsnamn för *källkod*. Källkoden kompileras sedan till maskinkod som datorn (maskinvaran) kan förstå. Maskinkoden är binär och består endast av siffrorna 1 och 0. Det är källkoden som genom sina instruktioner skapar datorprogrammets funktion och utseende och den skyddas av upphovsrätten.<sup>5</sup> Maskinvaran som levereras är sedan det medium som möjliggör användningen av mjukvaran.

Eftersom teknisk information, så som källkod och stödjande dokumentation, kan överföras utan att fysiskt traderas från leverantören till beställaren kan informationen överföras gång på gång utan att förlora sitt värde. Utvecklingen och bearbetningen av informationen kan vara kostsam, men när den väl är framtagen är den i princip gratis att reproducera.<sup>6</sup> Det ligger ett omfattande värde i mjukvaran medan maskinvaran ofta är av underordnad betydelse i avtalet.

### 2.2. IT-systemets placering i beställarens verksamhet

Utvecklingen av det specifika IT-systemet är ofta både tids- och resurskrävande. IT-systemet har vanligen en central funktion i beställarens verksamhet, vilket gör att beställaren är extra

---

<sup>3</sup> Rosén, J, *Upphovsrättens avtal*, s. 262.

<sup>4</sup> Lindberg, A, Westman, D, *Praktisk IT-rätt*, s. 370 f.

<sup>5</sup> Baker & McKenzie, *Guide to Intellectual Property in the I.T. Industry*, s. 3 ff, Seipel, P, *Juridik och IT, introduktion till rättsinformatiken*, s. 49 f.

<sup>6</sup> Rosén, J, *Upphovsrättens avtal*, s. 261.

sårbar för eventuella driftsstörningar, fel och förseningar. Avtalet representerar alltså ett stort värde dels ekonomiskt dels funktionellt.<sup>7</sup>

Beställaren har ofta flera IT-leverantörer. Exempelvis kan det se ut så här på ett företag: Leverantör 1 står för internetsidan med tillhörande applikationer, Leverantör 2 står för affärssystemet, Leverantör 3 står för ekonomisystemet och Leverantör 4 står för bokföringssystemet och så vidare. Dessa system måste fungera integrerat. Kunden som besöker internetsidan kanske vill lägga en order som sköts via affärssystemet. Kundens betalning kommer in till bolaget och registreras i ekonomisystemet och överförs sedan till bokföringssystemet. Notering skickas till affärssystemet som registrerar att betalning skett och varan skickas ut. Affärssystemet och ekonomisystemet måste korrelera med bokföringssystemet så att varulager och betalningar etc. redovisas korrekt. Systemens samverkansförmåga är därför avgörande. Samverkansförmåga belyses vidare nedan under stycke 3.1.3.

### *2.3. Att äga eller icke äga, det är ofta frågan*

Rätten till upphovsrättigheterna kan beskrivas som russen i kakan. Vem som ska äga dem respektive ha rätt att nyttja dem kan bli föremål för intressekonflikter och intensiv förhandling mellan parterna. Det är därför en utmaning att hantera ägande- respektive nyttjanderätten till upphovsrättigheterna i IT-systemet och komma överens om vem som ska ha rätt att använda dem och på vilket sätt användningen får ske.

Eftersom upphovsrättigheter inte går att ta på fysiskt är de svåra att kontrollera. Det är problematiskt att tala om äganderätt till upphovsrättigheter eller immateriella rättigheter eftersom de väsentligen skiljer sig från vanliga föremål. Äganderätt är ett begrepp som passar för tangibla föremål som kan omsättas fysiskt. Immateriella rättigheter däremot kan finnas på flera platser samtidigt och kan utnyttjas samtidigt av både beställaren och leverantören.<sup>8</sup> Det går inte att se när äganderätten förflyttas och det är svårt att avskära nyttjandemöjligheterna för den part som överlätit äganderätten.

Äganderätt till en upphovsrättighet innebär inte samma sak som äganderätt till en fysisk sak. Som kommer att visas nedan har en förvärvare av en upphovsrättighet inte rätt att överlåta upphovsrättigheten vidare om inte detta uttryckligen avtalats mellan parterna, medan en förvärvare av ett fysiskt föremål kan sälja föremålet vidare utan hinder. En beställare som trots sig fått äganderätten och därmed full dispositionsrätt till upphovsrättigheterna kan bli besviken när han/hon inser att förfoganderätten inte omfattar rätt att vidareöverlåta eller ändra verket (28 § URL<sup>9</sup>).

Det är olämpligt att tala om äganderätt till upphovsrättigheter. Äganderättsbegreppet används ofta felaktigt. I stället för att diskutera hur upphovsrättigheterna ska nyttjas på ett ändamålsenligt sätt fastnar förhandlingen ofta i en diskussion om vem som ska äga vad.

Även om äganderättsbegreppet är olämpligt är det sannolikt oundvikligt att som praktiserande jurist behöva hantera begreppet i avtal om upphovsrättigheter eftersom parterna ofta kräver

<sup>7</sup> Lindberg, A, Westman, D, *Praktisk IT-rätt*, s. 370 f.

<sup>8</sup> Andreasson, J, *Intellektuella resurser som kreditsäkerhet, en förmögenhetsrättslig undersökning*, s. 285.

<sup>9</sup> Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

det. Det är därför nödvändigt att juristen har förståelse för att äganderättsbegreppet måste användas på ett annat sätt än vid ”vanliga” avtal och utöver äganderätten se till att reglera användningsrätten på ett för parterna ändamålsenligt sätt. Min utgångspunkt är att så långt som möjligt undvika att använda begreppet äganderätt.

### 2.3.1. Parternas intressen

#### **Beställarens perspektiv**

Beställaren måste få tillgång till programkod och teknisk information för att kunna använda IT-systemet. När beställaren använder programmet är det källkoden i kompilerad form, d.v.s. maskinkoden, som finns tillgänglig i maskinvaran. Maskinkoden går inte att läsa på samma sätt som källkoden eftersom den är översatt till binär form. För att använda programmet är maskinkoden tillräcklig eftersom den styr informationen till maskinvaran på det sätt som programmet avser.<sup>10</sup> För användningen av systemet räcker det alltså med en sådan nyttjanderätt som ger beställaren möjlighet att använda systemet för sitt avsedda ändamål. I många fall nöjer sig inte beställaren med enbart en sådan nyttjanderätt utan vill ha tillgång till källkoden i sin ursprungliga form eftersom sådan tillgång möjliggör ändringar och vidareutveckling av systemet.

Beställaren betalar leverantören för att utveckla systemet och som beskrivits ovan är det just i utvecklingsfasen som produktionskostnaden är hög. Beställaren har alltså bekostat utvecklingen och tycker då att hela resultatet inklusive källkoden ska övergå från leverantören.<sup>11</sup> Beställaren vill försäkra sig om att kunna utföra underhåll och utveckling även om leverantören skulle försvinna från marknaden eller om deras avtal av någon annan anledning upphör. Av dessa anledningar är det vanligt att beställaren kräver äganderätt till resultatet. Beställaren tror sig ha säkrat sina behov genom kravet på äganderätt, men borde egentligen istället kräva är full dispositionsrätt till källkoden.<sup>12</sup>

#### **Leverantörens perspektiv**

Leverantören vill behålla så stor del av de immateriella rättigheterna som möjligt. Även om beställaren betalt utvecklingskostnaderna för det specifika IT-systemet har leverantören använt sig av sina standardplattformar och teknisk know-how, vilka sedan utvecklats och anpassats till beställarens behov. Leverantören bygger sällan systemet från noll. Standardplattformarna utgör leverantörens verktyg som återanvänds i andra systemleveranser. Utvecklingen av standardplattformarna är en utvecklingskostnad som leverantören har stått för, precis som en bilmekaniker står för anskaffningen av de verktyg som behövs för reparationen av en bil. Eftersom leverantören är beroende av att kunna använda sina plattformar i andra projekt, precis som bilmekanikern behöver sina verktyg för att reparera andra bilar, är det ofta inte acceptabelt för leverantören att samtliga immateriella rättigheter ska övergå till beställaren eftersom leverantören då riskerar att begå upphovsrättsintrång varje gång han/hon utvecklar ett nytt system.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> Seipel, P, *Juridik och IT, introduktion till rättsinformatiken*, s. 49 f.

<sup>11</sup> Sådan är utgångspunkten i ett anställningsavtal avseende utveckling av datorprogram där det som upphovsmannen producerar i sin tjänst automatiskt övergår till arbetsgivaren.

<sup>12</sup> Samtal med praktiker 1, 2010-09-22.

<sup>13</sup> Samtal med praktiker 1, 2010-09-22.



Ett annat skäl för att leverantören inte vill ge beställaren dispositionsrätt till källkoden är att leverantören då riskerar att gå miste om de värden som ligger i uppgradering och vidareutveckling av programmet. Leverantören vill helst att beställaren ska vara "låst" till honom/henne eftersom det genererar fortsatta intäkter. Leverantören behåller på detta sätt kontroll över systemet. Detta skäl kan uppfattas som illegitimt men det finns en annan sida av myntet. Ger leverantören beställaren full dispositionsrätt till källkoden kan beställaren anlita en konkurrent till leverantören som då får full insyn i källkoden och de verktyg som leverantören skapat.

Nedan visas ett exempel på en beställarvänlig och en leverantörsvänlig klausul för att illustrera intresseskillnaden.

#### ***Beställarvänlig klausul***

*Äganderätten och upphovsrätten till resultat och framtaget material i samband med uppdragets utförande tillfaller oinskränkt köparen, oavsett medium. Vidare garanterar säljaren att köparen genom användandet av produkten inte kränker någon immateriell rättighet som innehas av tredje man med ensamrätt.*

#### ***Leverantörsvänlig klausul***

Leverantören förbehåller sig äganderätten till allt material och alla resultat som framkommer vid uppdragets utförande.

All upphovsrätt liksom eventuell patenträtt eller annan *immateriell* rätt hänförlig till resultaten utgör leverantörens egendom. Beställaren tillerkännes dock en icke tidsbegränsad rätt att nyttja resultaten i sin verksamhet och för de ändamål som anges i beskrivningen av uppdraget.

Den beställarvänliga klausulen är tagen från ett avtal mellan ett antal svenska universitet och Apple Computer International.<sup>14</sup> Den leverantörsvänliga klausulen är en modellklausul för leverantörsvänligt avtal.<sup>15</sup> Det är få beställare som accepterar den leverantörsvänliga skrivningen. Den beställarvänliga klausulen kan skapa praktiska problem för leverantören. Här ser vi ett exempel på att Apple Computer International lämnar över hela äganderätten av resultatet till beställaren. De plattformar som Apples programmerare använt sig av skulle genom den här skrivningen nu vara kasserade eftersom äganderätten gått över till beställaren. Använder sig Apple av dessa plattformar i andra system begår de intrång i beställarens rätt. Att Apple på detta sätt skulle lämna ifrån sig möjligheten att använda sina verktyg i andra system förefaller för min del som osannolik. Visserligen är det endast beställarspecifikt resultat som övergår till beställaren med äganderätt medan standardmaterial behålls av Apple med anledning av skrivningen: *i samband med uppdragets utförande*. Det är emellertid svårt att särskilja vilken kod som utgör ett sådant resultat. Det sagda visar att fullständig äganderättsövergång av de immateriella rättigheterna från leverantören till beställaren ofta kan vara problematisk.

## **2.4. Ändamålsenlig förhandling**

Vid en förhandling om klausulens utformning är det naturligtvis viktigt att se till parternas intressen men det är förmodligen ännu viktigare att se till deras faktiska behov. Vem har störst

---

<sup>14</sup> Avtal mellan Apple Computer International och Lunds Universitet m.fl.  
<http://www.macpublic.ldc.lu.se/inkop/AppleStore.pdf>.

<sup>15</sup> Av sekretesskäl kan jag inte lämna uttrycklig referens.

behov av äganderätten till de immateriella rättigheterna? Kan systemleveransen genomföras ändamålsenligt utan att äganderätten går över? Vem har bekostat utvecklingskostnaderna? Blir priset rimligt om äganderätten ska gå över? Finns det någon kompromisslösning som är mer ändamålsenlig, exempelvis genom källkodsdeponering eller att beställaren ges viss royalty om systemet vidareutvecklas eller säljs vidare? O.s.v.

Problemet vid en sådan behovsanalys är ofta att beställaren inte vet varför de kräver äganderätt till upphovsrätterna. Den som förhandlar om kontraktet på beställarens sida hänvisar ofta till koncernpolicier på högre nivå och säger sig inte ha befogenhet att förhandla i frågan.<sup>16</sup> Sannolikt grundar sig detta på okunskap hos beställarkollektivet samt en rädsla för att inte kunna utnyttja det beställda systemet på avsett sätt.

Exklusivitet till IT-systemet är ibland en viktig faktor för beställaren eftersom beställaren inte vill att andra konkurrenter ska kunna använda sig av liknande system. Vad beställaren då ofta glömmer är att det inte är själva idén eller funktionen i IT-systemet som skyddas av upphovsrätten utan endast uttrycket, d.v.s. källkoden. En konkurrent till beställaren som vill ha ett liknande IT-system med samma funktioner kan alltså skapa ett sådant system utan att begå intrång i den ursprungliga beställarens rätt så länge källkoden inte kopieras. Se vidare om det immateriella skyddet i stycke 3.1.1. Istället för att som beställare kräva äganderätten till upphovsrättigheterna bör konkurrensfrågor lämpligen hanteras genom att parterna avtalar att leverantören inte får använda systemet till förmån för någon som är konkurrent till beställaren och då lämpligen med en definition av vad som i avtalet avses med *konkurrent*.

## 2.5. Parternas styrkeförhållanden

Styrkeförhållandet mellan parterna i IT-avtalen har varierat över tiden. När IT-området inte var så välutvecklat var IT-leverantörerna i en betydligt starkare ställning än beställarkollektivet. Leverantörerna kunde utveckla standardavtal som var till deras fördel utan att riskera att förlora uppdrag. Maktförhållandena har dock utjämnats och större balans i avtalen har därför utvecklats. Beställarens kompetens på IT-området är idag högre än förr vilket lett till att styrkeförhållandet jämnats ut.<sup>17</sup> Idag är beställaren ofta ett stort företag med goda finansiella muskler som i många fall har ett överläge mot IT-bolaget.<sup>18</sup>

I vissa avtal är det statliga myndigheter som upphandlat kontraktet genom offentlig upphandling. I dessa fall är det befogat att tala om ”beställarens marknad” eftersom beställaren innan avtalsförhandlingen sätter upp ramarna för vad som ska levereras och på vilka villkor leveransen ska ske. Avtal där beställaren är en statlig myndighet är ofta beställarvänliga eftersom leverantörerna måste gå med på vissa villkor för att kunna vara med i leken.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Samtal med praktiker 1, 2010-09-22.

<sup>17</sup> Lindberg, A, Westman, D, *Praktisk IT-rätt*, s. 380.

<sup>18</sup> Samtal med praktiker 1, 2010-09-22.

<sup>19</sup> Offentlig upphandling av IT-avtal har många gånger lett till stora problem för de upphandlande myndigheterna. I många fall, exempelvis kan nämnas Försäkringskassan och Försvarets upphandlingar av nya IT-system, har kostnaderna skjutit i höjden trots att priset i anbudet varit lågt. Det som leverantörerna förlorat på gungorna har de sannolikt tagit igen på karusellerna i form av omfattande kostnader för ändrings- och tillägsarbeten. Detta har också att göra med att de offentliga upphandlingarna idag resulterat i att IT-företagen tvingats att dumpa sina priser för att kunna få uppdraget. De priser som upphandlats blir därför låtsassiffror som

## 2.6. Uppdragsavtal, samarbetsavtal eller anställningsavtal?

Ett av karaktärsdragen för systemutvecklingsavtalet är att produkten inte existerar vid avtalstillfället. Produkten som ska utvecklas kan antingen vara ett helt nytt system som ska skraddarsys efter beställarens verksamhet eller en vidareutveckling av ett befintligt system med leverans av nya funktioner eller applikationer. Oavsett vilket alternativ som ska levereras så ska produkten anpassas och inkorporeras i beställarens verksamhet. Det krävs därför ett gott samarbete mellan parterna för att produkten ska bli avtals- och ändamålsenlig. För att leverantören ska veta vad som ska levereras ställs krav på beställaren som måste tillhandahålla underlag och information för utvecklingen.<sup>20</sup> Beställaren måste också vara aktiv genom att testa och kontrollera det som leverantören levererar. Avtalet löper ofta över lång tid och kompletteras i de flesta fall med ett serviceåtagande från leverantören i form av drift och underhåll samt vidareutveckling och support.<sup>21</sup> Vissa paralleller bör därför kunna dras till samarbetsavtal och anställningsavtal.

Systemleveransavtalen är ofta präglade av långa och omfattande kravspecifikationer över vad som ska uppnås. Dessa krav är länkade till en testningsfas som brukar kallas för acceptanstest eller liknande där beställaren testar om kravspecifikationerna är uppfyllda. De fel som upptäcks under testningsfasen är leverantören skyldig att avhjälpa.<sup>22</sup> Det är ofta vid testningsfasen som eventuella konflikter börjar uppkomma. För att tvinga fram ett samarbete tidigare i processen, för att undvika krigsutbrottet vid testningsfasen, har en ny metod som kallas för *agila leveranser* tagits fram. Metoden bygger på att systemet utvecklas i trappsteg med flera leveranser som godkänns och testas efter hand. På så sätt tvingas beställaren att vara aktiv under hela utvecklingsarbetet.<sup>23</sup> Den här typen av avtal utgör mer ett samarbetsavtal istället för ett traditionellt uppdragsavtal. Eftersom agila leveranser är en relativt ny och betydelsefull avtalsmodell inom IT-området kommer modellen att behandlas mer ingående i ett eget kapitel 6 nedan.

## 3. Rättslig kontext

I Sverige finns det ingen lag som är direkt tillämplig på kommersiella IT-avtal. Eftersom avtalstypen är en rättslig hybrid innehållande inslag av köp, nyttjanderätt och tjänst är det svårt att göra analogier från de köprättsliga lagarna. Eftersom det inte finns några direkt tillämpliga lagar är det viktigt att avtalet utformas så tydligt och uttömmande som möjligt. Lämnas något oreglerat i avtalet eller om någon klausul utformats otydligt behöver avtalet fyllas ut eller tolkas. Ledning hämtas då lämpligen från närliggande dispositiva lagar som URL och köplagen<sup>24</sup> samt från partsbruk, handelsbruk, och standardavtal<sup>25</sup> på området. Ledning kan också hämtas från allmänna avtalsrättsliga principer. Viss ledning kan också

---

inte är realistiska. När omfattande tillägg och ändringar sedan behöver göras blir följden långa förseningar och ett högre pris, vilket i sin tur leder till att myndigheternas budgetar spricker. Eftersom den här uppsatsen inte handlar om offentlig upphandling kommer dessa problem inte närmare att belysas här.

<sup>20</sup> Lindberg, A, Westman, D, *Praktisk IT-rätt*, s. 433.

<sup>21</sup> Slutsatser baserade på granskning av systemleveransavtal.

<sup>22</sup> Slutsatser baserade på granskning av systemleveransavtal. Eftersom testningsfasen och felavhjälpning ligger utanför ämnesområdet för uppsatsen kommer det inte närmare att beröras här.

<sup>23</sup> Samtal med praktiker 1, 2010-09-22.

<sup>24</sup> Köplag (1990:931).

<sup>25</sup> Avtal 90 och IT-projekt 2008 är de standardavtal som oftast används vid IT-systemavtal.

erhållas från internationella principer och modellagar så som PECL, UNIDROIT Principles och DCFR<sup>26</sup> <sup>27</sup>.

Nedan följer en redogörelse för hur nämnda rättskällor kan kopplas till IT-avtalet och dess reglering av immateriella rättigheter.

### 3.1. URL och lagens förhållande till avtalet

Upphovsrätten kan klassificeras som en förmögenhetsrätt som ger upphovsmannens ensamrätt till det som han/hon skapat. Ensamrätten till verket lagstadgas i 1 och 2 §§ URL. Upphovsmannen är fri att förfoga över sin förmögenhetsrätt på det sätt som han/hon finner lämpligt och ensamrätten kan övergå eller upplåtas genom avtal, (27 § URL). Avtalsfrihet råder alltså och vad parterna avtalat gäller i första hand. URL måste därför läsas parallellt med avtalet. Vid sidan om avtalet anger URL vad och vem som skyddas av upphovsrätt samt i vilka fall ett nyttjande utgör intrång i upphovsmannens upphovsrätt. Ett nyttjande kan vara tillåtet enligt URL men kan likväl utgöra ett avtalsbrott mellan parterna. För det fall en parts agerande utgör upphovsrättsintrång enligt URL kan det vara effektivt att föra en förbudstalan vid domstol eftersom domstolen då vid vite kan förbjuda parten att fortsätta med intrånget.

Framställningen av regleringen i URL nedan syftar endast till att belysa de delar av lagen som är relevanta för IT-systemleveranser.

#### 3.1.1. Det upphovsrättsliga skyddet

I 1 § p. 2 URL anges att den som skapat ett datorprogram har upphovsrätt till detta förutsatt att det kan klassificeras som ett verk i upphovsrättslig mening. Skyddet uppkommer formlöst så snart verket har skapats.<sup>28</sup> Den del av IT-systemet som erhåller upphovsrättsligt skydd enligt URL är källkoden, vilken kan jämföras med ett litterärt verk. Det är endast källkodens format och uttryck som skyddas, inte funktionen eller den bakomliggande idén. Idéer kan aldrig bli föremål för upphovsrättsligt skydd.

I 1 § 3 st. URL anges att förberedande designmaterial till datorprogram omfattas av samma upphovsrättsliga skydd som datorprogrammet i sig, vilket innebär att programmets utseende och design också skyddas.

Vid sidan om den traditionella upphovsrätten finns katalogskyddet i 5 § i URL som ger upphovsrättsligt skydd åt sammanställningar av uppgifter så som samlingsverk. I det här fallet är det skyddet för databaser som är intressant.<sup>29</sup>

Eftersom det upphovsrättsliga skyddet uppkommer så fort koden skapas är det leverantören som erhåller upphovsrätten enligt URL. Parterna kan sedan avtala om att upphovsrätten ska övergå till beställaren antingen så snart koden skapas eller vid ett annat avtalat tillfälle, se 27 § URL. Den ideella upphovsrätten till källkoden kan aldrig övergå till beställaren utan kan

<sup>26</sup> Draft Common Frame of References.

<sup>27</sup> Redogörelse av tolkningsprinciperna följer i kapitel 4 nedan.

<sup>28</sup> Lindberg, A, Westman, D, *Praktisk IT-rätt*, s. 226. Observera att det i USA krävs registrering för att upphovsmannen ska erhålla skydd för den ekonomiska sidan av upphovsrätten.

<sup>29</sup> Skyddet kommer inte närmare att beröras här.

endast efterges av leverantören, se 3 § 3 st. och 27 § URL.<sup>30</sup> En beställare som kräver äganderätt till upphovsrättigheterna får endast äganderätt till den ekonomiska sidan av upphovsrätten.

### 3.1.2. Skyddets innebörd

Den ekonomiska sidan av upphovsrätten innebär att skaparen till datorprogrammet har ensam förfoganderätt till att framställa exemplar av programmet och göra det tillgängligt för allmänheten, se 2 § URL.<sup>31</sup> För att kunna använda ett datorprogram krävs det att datorn gör kopior av datorprogrammet som sedan lagras i datorns arbetsminne. I det andra stycket i 2 § URL tydliggörs att *”framställning av exemplar innefattar varje direkt eller indirekt samt tillfällig eller permanent framställning av exemplar av verket, oavsett i vilken form eller med vilken metod den sker och oavsett om den sker helt eller delvis”*.<sup>32</sup> Det kan därför konstateras att all användning som nödvändiggör lagring, överföring och körning av programmet kräver tillstånd från upphovsrättsinnehavaren.

### 3.1.3. Tvingande undantag i 2 kap. URL

Den ekonomiska sidan av upphovsrätten innebär en exklusiv rätt att förfoga över datorprogrammet genom framställning av exemplar eller överföring till allmänheten. I vissa fall måste denna exklusivitet ge vika för andra samhällseliga intressen så som yttrandefrihet, informationsfrihet och samhällligt omsättningsintresse. Därför finns det i 2 kapitlet i URL ett antal undantag som syftar till att säkerställa dessa intressen. Här kommer endast beröras de undantag som är relevanta för upphovsrätt till datorprogram, nämligen 26 g och h §§.

Eftersom all användning av ett datorprogram kräver en reproduktion av programmet i datorns arbetsminne ser undantagen för datorprogram något annorlunda ut än för ”vanliga” verk.<sup>33</sup> Undantagen avser att möjliggöra *användningen* av datorprogram för dem som har förvärvat dem. För att undantagen ska bli tillämpliga krävs att ett avtal ingåtts med upphovsrättsinnehavaren. I avtalet måste det framgå att förvärvaren har en rätt att använda programexemplaret.<sup>34</sup>

Har beställaren förvärvat en rätt att använda programmet får han/hon framställa exemplar, göra ändringar och utföra rättelse av fel, under förutsättning att åtgärderna är nödvändiga för programmets användning, se 26 g § 1 st. Här är avtalsfriheten inte inskränkt utan parterna kan avtala om snävare användningsrätt. Ett nyttjande i strid mot en sådan avtalad snävare användningsrätt utgör då inte intrång i upphovsrätten enligt URL men utgör likväl ett avtalsbrott mellan parterna.

---

<sup>30</sup> Den ideella rätten till källkoden innebär en namngivningsrätt och en respekträtt. Namngivningsrätten innebär, så som anges i lagtexten, att *”upphovsmannen skall angivas i den omfattning och på det sätt som god sed kräver”*. Vad gäller datorprogram har i förarbetena uttalats att begreppet *god sed* måste tolkas mot att programskaparens intressen främst är av ekonomisk art. Respekträtten innebär att verket inte får användas i sammanhang som är kränkande för upphovsmannen. Eftersom det i systemleveransavtal handlar om datorprogram som består av programmeringskod är det sällan som respekträtten blir något problem.

<sup>31</sup> Dag Mattson, *Lagkommentar till URL*, Thomson Reuters.

<sup>32</sup> Denna formulering införlivades i lagtexten efter implementeringen av *Infosocdirektivet* (Direktivet 2001/29/EC av Europaparlamentet och av rådet den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället).

<sup>33</sup> Undantagen infördes som en direkt följd av *Softwaredirektivet* 91/250/EEG.

<sup>34</sup> Rosén, J, *Upphovsrättens avtal*, s. 274.

De tvingande undantagen i 26 g § ger beställaren en ovillkorlig rätt att: framställa säkerhetsexemplar, iaktta, undersöka eller prova programmets funktion under förutsättning att det sker vid sådan laddning, visning på skärm, körning, överföring eller lagring av programmet som han/hon har rätt att utföra. I paragrafens femte stycke ges användaren till en sammanställning en ovillkorlig rätt att förfoga över sammanställningen på sätt som är nödvändig för att kunna använda den för sitt avsedda ändamål.

I 26 h § ges beställaren rätt att återge och översätta datorprogrammets kod (dekompilering) om åtgärden är nödvändig för att uppnå samverkansförmåga mellan programmet och ett annat program. Undantaget är tvingande och parterna kan inte genom avtal inskränka beställarens rätt enligt lagstadgandet.

Undantagen i 26 g och h §§ är viktiga att ha i åtanke vid avtalsskrivningen eftersom avtalsvillkor som inskränker användarens rätt enligt paragraferna kan förklaras ogiltiga. Sammanfattningsvis kan dock sägas att dessa undantag inte utgör särskilt stora ingrepp i varken rättighetsinnehavarens upphovsrätt eller i parternas avtalsfrihet. Det främsta syftet med undantagen är att hindra leverantören från att utforma programmen på ett sådant sätt att förvärvaren inte kan använda dem i samverkan med andra program. Det är viktigt för omsättningsintresset att olika program kan fungera i växelverkan med varandra inom olika datorsystem. Som nämndes inledningsvis använder sig beställaren ofta av flera olika datorsystem, vilka måste fungera tillsammans.

Trots den hänsyn som tagits till omsättningsintresset i 26 g och h §§ är det så att leverantören, om denne har kvar upphovsrättigheterna till programmet, också har kvar rätten till de ekonomiskt betydelsefulla värden som kan ligga i uppgraderingar och vidareutvecklingar av datorprogrammet. Det sagda kan komma att innebära att beställaren är ”låst” till att fortsätta underhålls- och utvecklingsavtal med leverantören eftersom beställaren inte får vidareutveckla systemet på egen hand eller med hjälp av någon annan leverantör. Uppstår en situation där avtalet mellan leverantören och beställaren inte kan fortskrida kan beställaren bli tvungen att kassera hela systemet och beställa ett nytt system av en annan leverantör.<sup>35</sup> Här kan skönjas en viss risk för att leverantören på ett otillbörligt sätt utnyttjar situationen och kan tvinga beställaren att stanna kvar i avtalsförhållandet på villkor som är mer gynnsamma för leverantören. Leverantörens överläge kan också öppna upp för otillbörligt användande av vagt formulerade avtalsklausuler. För leverantörens del kan det finnas stora summor att inkassera för det fall beställaren använt systemet på ett sätt som inte framgått i avtalet, trots att det kanske inte är av nämnvärd egentlig betydelse för leverantören. Detta har förekommit i praktiken i ett skiljeförfarande där leverantören fick ersättning med ett par miljoner kronor för ett användande som egentligen inte påverkade leverantören, men som var viktigt för beställaren.<sup>36</sup>

**Lärdom att ta med sig vid avtalsskrivningen:** Det måste framgå att beställaren har rätt att använda systemet. Det är därutöver av stor vikt att reglera vilken användning som beställaren har rätt till och i vilken mån beställaren har rätt att nyttja och vidareutveckla systemet för det

---

<sup>35</sup> Se Svea hovrätts dom 2010-01-19, T 148-08, Antonsson & Akribi – DHL Express (Sweden) AB.

<sup>36</sup> Tvisten avgjordes genom skiljeförfarande och domen är därför inte offentlig. Referens kan därför inte lämnas.

fall avtalsrelationen upphör. Avtalsvillkoren får inte strida mot de tvingande undantagen i 2 kapitlet i URL, sådana avtalsvillkor förklaras ogiltiga vid en senare prövning.

### 3.1.4. Överlåtelse; övergång och upplåtelse av upphovsrättigheter

Regler om upphovsrättens övergång återfinns i 27 – 29 §§ URL. Bestämmelserna är dispositiva och avtalsfrihet råder.<sup>37</sup> Med *överlåtelse* i 27 § lydelse avses även upplåtelse.<sup>38</sup> Därför kommer begreppet *överlåtelse* i den här framställningen att avse såväl övergång som upplåtelse av upphovsrätt. Överlåtelsen kan göras helt eller delvis. Det är fullt möjligt att begränsa överlåtelsen i både i tid och rum och även andra villkor kan ställas upp.<sup>39</sup>

Har parterna inte uttryckligen avtalat att beställaren har rätt att ändra i källkoden eller överlåta den vidare erhåller beställaren inte en sådan rätt även om beställaren skulle ha fått äganderätten till källkoden, se 28 § URL. Undantag görs för när rättigheterna ingår i beställarens rörelse och hela eller delar av rörelsen överläts.<sup>40</sup> Det är därför viktigt som beställare att sörja för att avtalsskrivningen blir tydlig och att det framgår vilka åtgärder som beställaren har rätt att utföra i systemet eftersom oklarheter i avtalet tolkas till upphovsmannens fördel.

**Lärdom att ta med sig vid avtalsskrivningen:** Använd inte begreppet *överlåtelse* i avtalet eftersom det i det här sammanhanget avser både upplåtelse och övergång av rättigheten. Eftersom URL är en skyddslagstiftning för upphovsmannen tolkas avtalet restriktivt och begreppet borde, med anledning av specifikationsprincipens tillämpning, i de flesta fall tolkas som upplåtelse om inget annat tyder på att parterna avsett en äganderättsövergång.<sup>41</sup>

Reglera om beställaren ska ha rätt att ändra i programmet eller om beställaren har rätt att överlåta rätten vidare. Detta måste regleras även om äganderätten till upphovsrätten gått över till beställaren.

### 3.2. Skydd för företagshemligheter

Källkoden till programmet kan skyddas som företagshemlighet enligt Lagen om skydd för företagshemligheter<sup>42</sup> om koden kan klassas som sådan "*information om affärs- och driftsförhållande i näringsidkares rörelse som näringsidkaren håller hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för honom i konkurrenshänseende*" se lagens 1 §. Genom att skydda källkoden som företagshemlighet får ägaren ett utökat skydd utöver det upphovsrättsliga skyddet som endast skyddar formatet. Det ena skyddet utesluter inte det andra. Även om källkoden skyddas som företagshemlighet är de tvingande undantagen i 2 kapitlet i URL, som beskrivits ovan i avsnitt 3.1.3, fortfarande tillämpliga. Det går alltså inte att kringgå de tvingande undantagen i URL enbart genom att skydda koden som företagshemlighet.<sup>43</sup>

<sup>37</sup> SOU 2010:24 s.93.

<sup>38</sup> Prop. 1996/97:129 s.10.

<sup>39</sup> Dag Mattson, *Lagkommentar till URL*, Thomson Reuters.

<sup>40</sup> Andreasson, J, *Intellektuella resurser som kreditsäkerhet, en förmögenhetsrättslig undersökning*, s. 52.

<sup>41</sup> Om specifikationsprincipens tillämpning se nedan i stycke 4.1.

<sup>42</sup> Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter.

<sup>43</sup> Eftersom uppsatsen fokuserar på regleringen av upphovsrättigheterna kommer skyddet av koden som företagshemlighet inte att beröras närmare här.

**Lärdom att ta med sig vid avtalsskrivningen:** För det fall programkoden skyddas som företagshemlighet måste hänsyn ändå tas till de tvingande undantagen i 26 g och h §§ URL.

### 3.3. Avtalslagen<sup>44</sup>

Avtalslagen är tillämplig vid alla kommersiella avtal, om inte någon annan lag är tillämplig. Lagen har ingen områdesspecifik betydelse för IT-avtalet. Den paragraf som teoretiskt sett skulle kunnat ha betydelse vid efterföljande avtalstolkning och tvistelösning av IT-avtal är generalklausulen i 36 § om jämkning av oskäligen avtalsvillkor.

Jämkningsmöjligheten är ett skydd för den svagare parten i avtalsförhållandet. Även om skillnader mellan parternas styrkeförhållanden kan förekomma, som beskrivits ovan i stycke 2.5, är båda parter i ett IT-avtal kommersiella näringsidkare som ofta har stor kunskap om avtalsföremålet och de värden som de immateriella rättigheterna representerar. I ett IT-avtal kan leverantören vara i en överlägsen ställning gentemot beställaren och är då inte i behov av ytterligare skydd än det som ges i URL.

I ett kommersiellt avtal mellan två näringsidkare krävs det mycket för att en av dem ska anses ha en underlägsen ställning i förhållande till den andre. I NJA 1979 s.483 uttalade HD att: *”Den omständigheten att, den ena parten, [...] är ett i jämförelse med den andra parten litet företag, utgör emellertid inte i och för sig ett belägg för att parten intar en underlägsen ställning”*. Ur rättsfallet kan läsas att ingrepp i ett kommersiellt avtal ska undvikas när avtalet inte avsevärt avviker från handelsbruk och välgrundade normer, även om den ena parten drabbas hårt.

På det stora hela bedömer jag det som mindre troligt att 36 § avtalslagen kommer att tillämpas i praktiken vid kommersiella IT-avtal. Generalklausulens främsta funktion tror jag är att den utgör en pekpinne för starkare avtalsparter att avhålla sig från att utforma oskäligen klausuler i förhållande till svagare avtalsparter.

I SOU 2010:24 föreslås att en hänvisning till 36 § avtalslagen ska införas i 29 § URL.<sup>45</sup> Rosén pekar på att generalklausulens tillämplighet på upphovsrättsliga avtal skulle tydliggöras genom hänvisningen, vilket skulle gynna den preventiva effekten som 36 § kan ha vid avtalsskrivningen. Hänvisningen skulle också kunna få effekt vid förlikningsförhandlingar och ge ökade förutsättningar för mer balanserade förlikningsavtal.<sup>46</sup> Personligen tror jag inte att införandet av en hänvisning till en paragraf som redan utgör gällande rätt medför några större effekter. Den vinst som eventuellt kan göras är av pedagogisk karaktär genom att parterna får en ökad medvetenhet om jämkningsmöjligheten vid avtalsskrivningen. Det är dock viktigt att en svagare part inte invaggas i en falsk trygghet om att han/hon är skyddad genom jämkningsmöjligheten eftersom hänvisningen inte skulle medföra någon annan tillämpning av 36 § än den som gjorts tidigare.

<sup>44</sup> Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.

<sup>45</sup> Utredningen innehåller även ett förslag på att avtalsvillkor om eftergift av ideell rätt kan jämkas eller lämnas utan avseende i förslaget 29 § 2 st. Eftersom den ideella rätten sällan skapar problem i IT-avtal kommer den delen av förslaget inte närmare att beröras här.

<sup>46</sup> SOU 2010:24 s. 115.



**Lärdom att ta med sig vid avtalsskrivningen:** Räkna inte med att ett oförmånligt avtal kan jämkas med stöd av 36 §. Se till att täcka upp för oskäligen konsekvenser vid avtalsskrivningen. Använd hellre 36 § som ett argument vid avtalsförhandlingen för att hitta en skälig avvägning mellan parternas intressen.

### 3.4. Köplagen

Köplagens tillämpning på IT-avtal har diskuterats flitigt i doktrinen, men då främst i samband med ansvarsfördelning och felansvar.<sup>47</sup>

Köplagen är tillämplig vid köp av lös egendom. Både hårdvaran och de immateriella rättigheterna utgör lös egendom och omfattas därför av lagens tillämpningsområde. Lagen är också tillämplig när egendomen inte existerar vid avtalstillfället.<sup>48</sup> Köplagen blir endast tillämplig när det är fråga om en äganderättsövergång. Ges beställaren endast nyttjanderätt till de immateriella rättigheterna är köplagen inte tillämplig.

Systemleveransavtalet är ett blandat avtal, d.v.s. det innehåller både överlåtelse av varor, överlåtelse och/eller upplåtelse av immateriella rättigheter och stora inslag av tjänst. Utgör tjänsten eller upplåtelsen den övervägande delen av leverantörens avtalsförpliktelse är köplagen inte tillämplig enligt 2 § 2 st. Vid bedömning av vad som är den övervägande delen i avtalet bör avtalets huvudsyfte vara vägledande i första hand och även vilket värde de olika förpliktelserna representerar. Betalar beställaren endast en bråkdel av avtalssumman för varan är det ett tecken på att avtalets övervägande del utgörs av tjänsten och tvärtom.<sup>49</sup>

Köplagen kan ändå ha betydelse eftersom den i många delar ger uttryck för allmänna avtalsrättsliga principer. Framför allt blir köplagen betydelsefull vid bedömningen av avtalsbrott och påföljder.<sup>50</sup>

Standardavtalet Avtal 90<sup>51</sup> följer till stora delar köplagens struktur och begrepp.

**Lärdom att ta med sig vid avtalsskrivningen:** Köplagens tillämplighet aktualiseras främst när det uppstår fel eller dröjsmål från någon av parterna och påföljderna inte reglerats i avtalet. Uppstår konflikt rörande immaterialrätterna och ägande- och/eller nyttjanderätten till dessa torde konflikten lösas främst genom intrångstalan enligt URL eller skadeståndstalan för avtalsbrott. Köplagens tillämplighet eller icke tillämplighet borde därför inte vålla några större spörsmål för utformandet av immaterialrättsklausulen.

### 3.5. Standardavtal

Eftersom det inte finns någon direkt tillämplig lag för IT-avtal har en flora av standardavtal växt fram på området. Många av avtalen är utarbetade av branschorganisationer som Svenska

<sup>47</sup> För ytterligare studier av frågan se Lindberg, A, Westman, D, *Praktisk IT-rätt*.

<sup>48</sup> Jori Munukka, *Lagkommentar till Köplagen*, Thomson Reuters.

<sup>49</sup> Lindberg, A, Westman, D, *Praktisk IT-rätt*, s. 374.

<sup>50</sup> Bernitz, U, Karnell, G, m.fl. *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s. 345.

<sup>51</sup> Avtal 90 beskrivs mer utförligt i nästa stycke nedan.

IT-företagens Organisation (IT-företagen), Föreningen Svensk Programvaruindustri (SPI), Producenter av interaktiva medier i Sverige (PROMISE), Dataföreningen m.fl.<sup>52</sup>

En viktig funktion som standardavtalen har på IT-området är att tillgodose den flexibilitet som krävs på ett rättsområde som är i ständig förändring.<sup>53</sup> Att standardavtal används på området i stor utsträckning gynnar också förutsebarheten och jämförbarheten i avtalen. Det sänker transaktionskostnaderna eftersom avtalsskrivningen går fortare när parterna utgår från ett standardavtal. Standardavtalen är ofta väldokumenterade, vilket gör att parterna kan känna sig trygga eftersom risken för missuppfattningar och misstolkningar av avtalet är liten. Parterna bör dock ha i minnet att många av avtalen är framtagna av branschorganisationer på leverantörens sida. Det ligger i sakens natur att organisationer på leverantörssidan arbetar för att få så bra villkor som möjligt för leverantörerna. Beställaren bör därför vara observant och försiktig med att tillämpa standardavtalet ”rakt av” utan egen anpassning. Det är också viktigt att kontrollera att det standardavtal som parterna valt att använda är anpassat till den aktuella avtalstypen.<sup>54</sup>

För den aktuella avtalstypen är de standardavtal som används i flest fall IT-Projekt 2008, Avtal 90<sup>55</sup> och Internetprojekt version 2008. Avtal 90 är utgivet av Svenska IT-företagens Organisation, Dataföreningen i Sverige och Sveriges inköps- och logistikförbund. Avtal 90 ska användas vid avtal om leverans av maskin- och programprodukter som inte är specifikt utformade efter beställarens behov, med där tillhörande tjänster i mindre omfattning. Lindberg och Westman menar att Avtal 90 fått en sådan spridning i branschen att det fått status som branschpraxis. Även om Avtal 90 skulle utgöra branschpraxis innebär det inte att standardavtalet gäller i kraft av sin existens. Det krävs att parterna refererat till standardavtalet för att det ska bli en del av avtalet.<sup>56</sup> IT-Projekt 2008 som ersatt IT-Projekt 2000 är utgivet av IT & Telekomföretagen inom Almega. IT-Projekt 2008 används lämpligen, till skillnad från Avtal 90, i avtal där tjänsteinnehållet dominerar. Avtalet är avsett att användas när leverantören ska leverera och implementera ett mer omfattande IT-system med ett resultatansvar.<sup>57</sup> Därför är det IT-Projekt 2008 som i de flesta fall bör användas vid större IT-systemleveransavtal.

**Lärdom att ta med sig vid avtalsskrivningen:** Om standardavtal väljs för avtalsskrivningen är det viktigt att tänka på att:

- Välja det standardavtal som är anpassat efter den specifika avtalstypen.
- Dela upp avtalet i två delar; en speciell del och en allmän del som utgörs av standardavtalet.
- Som beställare vara försiktig med att acceptera standardvillkoren utan individuell komplettering.

---

<sup>52</sup> Lindberg, A, Westman, D, *Praktisk IT-rätt*, s. 387ff.

<sup>53</sup> Hellner, J, *Köp och avtal: Uppsatser 1980-92*, s. 210.

<sup>54</sup> SITO, Christner, A, *Kommentarer till IT-branschens standardavtal*, s. 13.

<sup>55</sup> Avtalets senaste version gavs ut 2008.

<sup>56</sup> Ramberg, J, Ramberg, C, *Allmän avtalsrätt*, s. 143.

<sup>57</sup> Lindberg, A, Westman, D, *Praktisk IT-rätt*, s. 437.

### 3.5.1. Standardavtalens betydelse för tolkning av individuella avtal

Standardavtalen blir, oavsett etablerad ställning, inte automatiskt en del av avtalet. Det krävs någon form av referens eller partsbruk för att standardavtalsklausulerna ska bli en del av det individuella avtalet. En annan sak är att standardavtalen kan fungera som ledning för *tolkningen* av avtalet.<sup>58</sup> Eftersom det saknas dispositiv bakgrunds rätt på området bör standardavtalen ges en större betydelse som utfyllnad vid oklara eller obefintliga avtalsklausuler.<sup>59</sup>

## 4. Tolkningsprinciper för övergång av upphovsrättigheter i uppdragsavtal

Otydliga formuleringar i ett avtal är ofta ett resultat av att parterna kompromissat vid avtalsförhandlingen och istället för att använda tydliga formuleringar har begrepp som är mångtydiga använts. I andra fall beror otydligheten på okunskap eller förbiseende. En avtalsformulering kan ha varit tydlig då avtalet skrevs men kan senare bli otydlig på grund av förhållanden som parterna inte förutsåg vid avtalets ingående. Uppstår oklarhet om avtalets egentliga innebörd måste avtalet tolkas och hänsyn tas då till parternas avsikter, avtalets funktion och ändamål, textens språkliga betydelse samt parternas uppträdande.<sup>60</sup>

### 4.1. Specialitetsgrundsatsen och specifikationsprincipen

Utöver de allmänna tolkningsprinciperna har det på upphovsrättens område utvecklats ytterligare tolkningsprinciper. Dessa specifika tolkningsprinciper har utvecklats dels i förarbeten, dels i praxis och doktrin och har motiverats av (1) upphovsmannens ställning som den typiskt sett svagare parten i avtalsförhållandet, (2) en önskan om tillvaratagande av upphovsrättens syften och mål. Tolkningsprinciperna på upphovsrättens område kan jämföras med de tolkningslättnader som finns på konsumenträttens område som syftar till att tillvarata den svagare partens (konsumentens) rätt.<sup>61</sup>

Tolkningsprinciperna används främst för att avgöra rättens karaktär, d.v.s. om det rör sig om en fullständig övergång eller endast en upplåtelse, eller för att avgöra vilken omfattning rätten stipulerar, t.ex. vilken användning som är tillåtet enligt överlåtelsen.<sup>62</sup>

Specialitetsgrundsatsen och specifikationsprincipen används vid tolkningen av avtal om överlåtelse av upphovsrättigheter. Principerna är inte lagstadgade i Sverige, till skillnad från i Danmark och Norge, utan är uttryckta i förarbetena till URL och har senare kommit att utvecklas i praxis.<sup>63</sup> Principerna gäller för samtliga upphovsrättsliga avtal, inklusive IT- och systemleveransavtal.

Principerna innebär i korthet att det som inte uttryckligen övergått eller upplåtits i avtalet inte omfattas av överlåtelsen (specialitetsgrundsatsen). Vid tveksamhet om vad som omfattas av överlåtelsen ska avtalet tolkas restriktivt och inskränkande till upphovsmannens förmån

<sup>58</sup> Ramberg, J, Ramberg, C, *Allmän avtalsrätt*, s. 143.

<sup>59</sup> Ramberg, J, Ramberg, C, *Allmän avtalsrätt*, s. 155.

<sup>60</sup> Ramberg, J, Ramberg, C, *Allmän avtalsrätt*, s. 152.

<sup>61</sup> Nordell, P-J, *Tolkningsprinciper i upphovsrättsavtal*, NIR 4/2008, s 310.

<sup>62</sup> Calissendorff, K, *Rätten till ett beställt verk*, Ny Juridik 2:98 s. 89.

<sup>63</sup> SOU 1956:25, s. 277. Det fanns förslag på att lagfästa principen men man ansåg att den var så självklar att någon lagfästning inte var nödvändig.

(specifikationsprincipen). Begreppsförvirringen på området är stor.<sup>64</sup> Vissa författare menar att de båda tolkningsprinciperna innebär samma sak medan andra menar att de skiljer sig åt och därför bör hållas isär.<sup>65</sup> Särskiljningen har sin grund i att specialitetsgrundsatsen är lagstadgad i den danska och norska lagstiftningen medan specifikationsprincipen sägs vara en bakomliggande princip till den lagstadgade grundsatsen.<sup>66</sup> Personligen anser jag att uppdelningen snarare förvirrar än underlättar eftersom resultatet av tolkningen ändå blir i princip densamma. En enhetlig terminologi skulle enligt mig vara att föredra. Nedan kommer jag att benämna de båda principerna gemensamt *specifikationsprincipen*<sup>67</sup> för att undvika ytterligare begreppsförvirring.

Specifikationsprincipen bygger på tanken att överlåtelse på upphovsrättens område ska vara klart specificerade. De kan också sägas vara en presumtion mot totalöverlåtelse eller breda och omfattande förvärv av upphovsrätter.<sup>68</sup> Som grund för presumtionen menar Koktvedgaard och Levin att det sällan finns behov för beställaren att kunna utnyttja verket på ett mer omfattande vis än det som uttryckligen avtalats.<sup>69</sup> Principen är, liksom presumptionsreglerna i URL, en presumtion till förmån för upphovsmannen vilket sammanhänger med upphovsrättens generella syfte, att belöna och ge upphovsmännen ekonomiska incitament för fortsatt skapande.<sup>70</sup>

Specifikationsprincipen har beskrivits av Bernitz och Karnell m.fl. som en vidareutveckling av avtalstolkningens generella oklarhetsregel, d.v.s. att vid tvekan om klausulens innebörd tolkas villkoret till nackdel för den part som avfattet det.<sup>71</sup> Schovsbo framhåller dock att specifikationsprincipens karaktär av skyddsregel för upphovsmannen medför att den oklara klausulen ändå ska tolkas till upphovsmannens fördel, även om upphovsmannen själv har skrivit klausulen.<sup>72</sup>

Har parterna använt sig av en bred formulering som ”fullständig överlåtelse” eller ”all äganderätt” kan en tolkning utifrån specifikationsprincipen medföra att man åsidosätter avtalets ordalydelse och snävar in avtalet till att bara avse sådana rättighetsformer som var kända vid tiden för avtalets ingående.

När klausulen är bristfälligt utformad, genom att den exempelvis inte anger vilket nyttjande som beställaren har rätt till, blir resultatet av en användning av specifikationsprincipen att det som inte uttryckligen angetts inte omfattas.

---

<sup>64</sup> Det förekommer även andra benämningar så som *specificeringsgrundsatsen* och *specialitetsprincipen* men för att undvika ytterligare förvirring utelämnas denna terminologi.

<sup>65</sup> Nordell, P-J, *Tolkningsprinciper i upphovsrättsavtal*, NIR 4/2008, s.314, samt SOU 2010:24 s.103. Bengtsson, H, *Rätten till ett beställt verk i ljuset av nya domstolsavgöranden*, Ny Juridik 4:05 s. 34 f.

<sup>66</sup> Schovsbo, J, *Immaterialretsaftaler, fra kontrakt til status i kontraktsretten*, s. 258 ff.

<sup>67</sup> Jag anser att ”specifikationsprincipen” är en bättre benämning eftersom ”specialitetsgrundsatsen” lätt kan förväxlas med principen om att skydd mot förväxling inom varumärkesrätten kräver specialitet. Det är också *specifikationsprincipen* som i de flesta fall används som terminologi i praxis.

<sup>68</sup> SOU 2010:24 s. 103.

<sup>69</sup> Koktvedgaard, M, Levin, M *Lärobok i immaterialrätt*, s. 448.

<sup>70</sup> Rosén, J, *Upphovsrättens avtal*, s. 152, Nordell, P-J, *Tolkningsprinciper i upphovsrättsavtal*, NIR 4/2008, s.313.

<sup>71</sup> Bernitz, U, Karnell, G, m.fl. *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s. 343.

<sup>72</sup> Schovsbo, J, *Immaterialretsaftaler, fra kontrakt til status i kontraktsretten*, s. 259. Se också Ramberg, J, Ramberg, C, *Allmän avtalsrätt*, s. 153 ff. och s. 170 ff.

I SOU 2010:24 föreslås att en kodifiering av specifikationsprincipen ska införas i 27 § i URL. Principen är etablerad i praxis. Kodifieringen ska enligt förslaget omfatta specialitetsgrundsatsen och specifikationsprincipen. Vid tolkningen ska avtalets syfte<sup>73</sup> också få betydelse för överlåtelsens omfattning.<sup>74</sup> I utredningen har som motargument anförts att det kan vara olämpligt att lagfästa specifikationsprincipen eftersom andra icke lagfästa tolkningsprinciper dels för avtalstypen specifika principer, dels allmänna avtalsrättsliga principer, har samma tyngd och inte följer någon normhierarki. Exempelvis borde minimiregeln och oklarhetsregeln och andra vanligt förekommande avtalsrättsliga tolkningsprinciper ha samma tillämplighet vid upphovsrättsliga avtal.<sup>75</sup> Schovsbo menar dock att sådana partsneutrala tolkningsprinciper får ge vika för specifikationsprincipen i upphovsrättsliga avtal eftersom principen är en skyddsreglering för upphovsmannen.<sup>76</sup> Mot det sagda ska framhållas att upphovsmannen inte alltid är den svagare parten i avtalsförhållandet.<sup>77</sup> Rättighetsinnehavaren till det levererade IT-systemet i ett IT-avtal har sällan samma skyddsbehov som exempelvis en frilansjournalist som skriver för en stor dagstidning. Upphovsrättsliga avtal kan vara olika och det kan bli problematiskt att ha en lagfäst princip som ska tillämpas lika för alla dessa avtal.

#### **Lärdom att ta med sig vid avtalsskrivningen:**

- Utforma inte klausulen generellt för att försöka täcka in allt. En sådan avtalsskrivning kan tolkas i strid mot ordalydelsen till upphovsmannens fördel.
- Ange tydligt om upphovsrätten övergått med äganderätt eller om den upplåtits med nyttjanderätt eftersom otydlighet resulterar i att beställaren endast får en nyttjanderätt. Har äganderätten övergått ska det tydligt framgå.
- Specificera beställarens användningsrätt, sådant som inte specificerats ingår inte.
- Ange om nyttjanderätten är begränsad i tiden eller om den är evig. Anges ingen tid för nyttjanderätten får beställaren den minsta möjliga nyttjandetiden.<sup>78</sup>
- Undvik otydliga formuleringar och ord som kan ha flera betydelser.

#### **4.2. Ändamålsenlig tolkning**

En viktig tolkningsmetod är den ändamålsenliga tolkningen. Denna tolkningsmetod benämns av Nordell som *ändamålsprincipen* och innebär att avtalets syfte ska vara avgörande för vad som omfattas av överlåtelsen.<sup>79</sup> Metoden är en allmän avtalsrättslig tolkningsprincip.<sup>80</sup>

Calissendorff anser att det i uppdragsavtal borde finnas en lägsta nivå av upplåtelse av upphovsrätterna till resultatet. Uttalandet bygger på en ändamålsenlig analys av avtalet. Beställaren måste som lägst kunna använda det som han/hon betalt för i enlighet med det ändamål som i avtalet ställts upp för uppdraget.<sup>81</sup> Med andra ord kan tolkningen förklaras med

<sup>73</sup> Om tolkning utifrån avtalets syfte och ändamål, se nästa stycke 4.2.

<sup>74</sup> SOU 2010:24 s. 104 f.

<sup>75</sup> Nordell, P-J, *Tolkningsprinciper i upphovsrättsavtal*, NIR 4/2008, s. 330 och 337.

<sup>76</sup> Schovsbo, J, *Immaterialretsaftaler, fra kontrakt til status i kontraktsretten*, s. 259.

<sup>77</sup> Nordell, P-J, *Tolkningsprinciper i upphovsrättsavtal*, NIR 4/2008, s. 337.

<sup>78</sup> Se vidare diskussion under stycke 4.2 om ändamålsenlig tolkning.

<sup>79</sup> Nordell, P-J, *Tolkningsprinciper i upphovsrättsavtal*, NIR 4/2008, s. 311.

<sup>80</sup> Ramberg, J, Ramberg, C, *Allmän avtalsrätt*, s. 156 ff. se även UNIDROIT Principles Arts. 4.3(d) och PECL 5:102(c) om "the nature and purpose of the contract".

<sup>81</sup> Calissendorff, K, *Rätten till ett beställt verk*, Ny Juridik 2:98 s. 93 f.

att nyttjandet för det avtalade ändamålet är ett underförstått avtalsvillkor och därför en del av avtalet. Vid bedömningen bör beställarens verksamhet och vilka behov som det avsedda resultatet är tänkt att tillgodose vägas in. Användning som går utanför verksamhetens behov kan alltså inte tolkas in i avtalet om det inte framgår av antingen uttryckliga eller underförstådda villkor. Upplåtelsens lägsta och yttersta gräns för vad som kan tolkas in i avtalet kan illustreras med följande skiss där lägsta gränsen ligger till vänster och den yttersta gränsen ligger till höger.

Nyttjanderätt för att uppnå \_\_\_\_\_ Beställarens behov i f.h.  
det i avtalet avsedda ändamålet **Gråzon** till verksamhetens art

**EXEMPEL:** Ett lastbilsföretag beställer handdatorer av en IT-leverantör till sin verksamhet. Avtalet anger inte var dessa handdatorer ska användas. Lastbilsföretaget bedriver verksamhet i Sverige, Danmark och Tyskland. Enligt specifikationsprincipen bör avtalet tolkas restriktivt och det som inte är angivet omfattas därför inte. En strikt tolkning enligt specifikationsprincipen skulle innebära att handdatorerna inte fick användas någonstans eftersom användningsområde inte angetts. Ett sådant resultat blir inte rimligt. Istället bör ändamålet som beställaren haft för beställningen av handdatorer utgöra den lägsta tänkbara nivån för upplåtelsens omfattning.<sup>82</sup> Var syftet inte känt för leverantören borde resultatet bli att lastbilsföretaget fått en licens för Sverige eftersom det är det minst betungande för leverantören, vilket då hamnar längst till vänster på skalan ovan. Kan det däremot visas omständigheter som tyder på att leverantören känt till att handdatorerna ska användas även i Danmark och Tyskland kan man vid en ändamålsenlig tolkning flytta sig längre till höger på skalan. Skulle lastbilsföretaget sedan starta verksamhet i Frankrike kan det dock inte tolkas in att datorerna ska användas i Frankrike eftersom lastbilsföretaget inte bedrev verksamhet där när avtalet ingicks.

Skulle parterna däremot i ingressen till avtalet ha angett att beställaren är ett lastbilsföretag som agerar på hela den europeiska transportmarknaden och att handdatorerna ska användas i hela beställarens verksamhet borde det vara fritt fram för beställaren att använda handdatorerna även i övriga europeiska länder. Observera att exemplet är fiktivt och att omständigheterna ännu inte har prövats i praktiken.

Utöver ändamålet med avtalet ställer Calissendorff upp uppdragsavtalets specifika drag och verkets art som viktiga moment att ta hänsyn till vid bedömningen av omfattningen av upphovsrätternas övergång eller upplåtelse. I förarbetena till URL uttalas att de omständigheter som är av betydelse för tolkningen av om rättigheterna övergått eller upplåtits i uppdragsavtal är (1) vem som tagit initiativ till uppdraget, (2) om anvisningar om uppdragets utförande lämnats, (3) om beställaren skapat de praktiska och ekonomiska förutsättningarna för uppdragets genomförande.<sup>83</sup> Betalningsformen, betalningens storlek, branschpraxis och parternas ställning kan också få betydelse för tolkningen.<sup>84</sup> Dessa moment landar i den illustrerade gråzonen.

**Lärdom att ta med sig vid avtalsskrivningen:** Det är alltid bra att ange syftet med systemleveransen, d.v.s. var och till vilket syfte IT-systemet ska användas. På så sätt blir det enklare att tolka avtalet i efterhand och det blir mer förutsebart för parterna hur en

<sup>82</sup> Calissendorff, K, *Rätten till ett beställt verk*, Ny Juridik 2:98 s. 93.

<sup>83</sup> Prop. 1993/94:109, s. 29 f.

<sup>84</sup> Calissendorff, K, *Rätten till ett beställt verk*, Ny Juridik 2:98 s. 93-95.

ändamålsenlig tolkning kan komma att falla ut. Tänk dock på att inte ange syftet slarvigt eftersom även ett dåligt formulerat syfte kan få betydelse för avtalstolkningen.

#### 4.3. Tolkningsprincipernas tillämpning i praxis

Regelverket kring övergång och upplåtelse av upphovsrätter i uppdragsförhållanden är som framgått ganska glest. Med anledning av de immateriella tillgångarnas ökade värde och kommersiella betydelse har det på senare år kommit en del rättsfall på området. Det ska dock framhållas att de flesta tvister om IT-avtal avgörs genom skiljeförfarande, varför tillgången till vägledande praxis är begränsad. Nedan redogörs för två underrättsfall som berört utvecklingsavtal för datorprogram.

##### **Blekinge fiskarens centralförening – Blekinge Data**<sup>85</sup>

Tvisten rörde frågan om upphovsrätterna till ett datorprogram, som utvecklats enligt kravspecifikation på uppdrag av beställaren, hade övergått eller endast upplåtits. Frågan hade inte reglerats i avtalet och inte heller diskuterats vid avtalsförhandlingen. Blekinge fiskarens centralförening förde en fastställsetalan om vem som var rätt innehavare av upphovsrätten till datorprogrammet.

Hovrätten över Skåne och Blekinge kom fram till att upphovsrätten inte hade övergått och att beställaren genom avtalet hade erhållit en nyttjanderätt till programmet, vars omfattning inte var större än vad som krävdes för att tillgodose användarens behov, d.v.s. för att uppnå det avsedda ändamålet med programmet. Avgörandet stämmer väl överens med den ändamålstolkning som Calissendorff förespråkar, se ovan. Enligt illustrationen ovan hamnade avgörandet på den lägsta nivån av nyttjanderätt för att uppnå det avtalade syftet.

##### **Antonsson & Akribi – DHL Express (Sweden) AB**<sup>86</sup>

Även detta rättsfall rörde upphovsrätt till ett datorprogram. Frågan var om upphovsrätten till datorprogrammet hade övergått till beställaren eller om den stannat kvar hos upphovsmannen. I offerten framgick att DHL hade rätt att komma i besittning av källkoden och använda den för verksamheten i Sverige. Trots detta kom hovrätten fram till att upphovsrätten inte hade övergått till beställaren. Svea hovrätt uttalade:

*"Huvudregeln i svensk upphovsrätt är att den som skapat ett verk, även om det skett efter beställning, innehar upphovsrätten till verket och att den övergår till beställaren bara om det finns ett uttryckligt eller underförstått avtal härom. Härvid gäller enligt den inom upphovsrätten tillämpade s.k. specifikationsprincipen att delar av rätten som inte enligt vad som framgår av avtalet har överlåtits anses stanna kvar hos upphovsmannen. Vid tveksamhet om överlåtelse skett eller vilken innebörd den har är presumtionen att upphovsrätten ligger kvar hos upphovsmannen eller att den inte överlåtits i vidare utsträckning än som klart anses framgå. Saknas reglering om upphovsrättens övergång får en beställare, efter leverans av det beställda verket, däremot en nyttjanderätt vars innebörd i och för sig kan vara att kunden får en långtgående rätt att använda och förfoga över verket."*

<sup>85</sup> Hovrätten över Skåne och Blekinges dom 1993-04-14, T 197 -92, DT 4149.

<sup>86</sup> Svea hovrätts dom 2010-01-19, T 148-08.

Orsaken till att konflikten uppstod var att DHL bytte underhåll- och serviceleverantör och eftersom DHL hade tillgång till källkoden kunde den nya leverantören göra ändringar och uppgraderingar i källkoden, vilket gick utanför DHL:s användningsrätt.

Rättsfallet illustrerar att den omständigheten att beställaren har förfoganderätt och tillgång till källkoden i sin ursprungliga form inte innebär att äganderätten till källkoden gått över. Beställaren kan alltså äga ett exemplar av källkoden men är inte därigenom ägare till upphovsrättigheterna till koden. Ska beställaren ha rätt att ändra i koden måste det framgå av avtalet.

Rättsfallet är också illustrativt avseende ändringsrätten enligt undantaget i URL 26 g §, men det kommer inte närmare att beröras här.

Sammanfattningsvis kan sägas att stor vikt lagts vid specifikationsprincipen, men att ett visst utrymme för ändamålsenlig tolkning av avtalet också kan skyntas. Eftersom specifikationsprincipen tillämpas av domstolen på ett strängt sätt är det viktigt att det tydligt framgår i immaterialrättsklausulen vad som övergår respektive upplåtes till beställaren för att undvika obehagliga överraskningar vid en framtida tvist. Det är också viktigt att avtalets syfte tydligt framgår. Är beställaren i behov av omfattande användningsrätt bör detta framgå i avtalets syfte.

## 5. Källkodsdeponering – en kompromiss?

För att undvika den intressekonflikt som uppkommer vid äganderättsövergång av upphovsrättigheter till källkod har fenomenet källkodsdeponering vuxit fram som en kompromiss för att tillgodose båda parternas intressen. Systemleveransavtalet kan kompletteras med ett avtal om källkodsdeponering. Källkodsdeponering innebär att leverantören deponerar en kopia av källkoden med tillhörande teknisk information hos en oberoende tredje part. I den här framställningen kallas den tredje parten för *dispositarien*. I takt med att uppdateringar av källkoden görs, deponeras uppdaterade kopior till depositarien. Kopian kan lämnas på en CD-rom, diskett, usb-minne eller liknande.<sup>87</sup> Uppstår en situation där beställaren är i behov av källkoden, exempelvis om leverantören går i konkurs, kommer på obestånd eller missköter sina åtaganden avseende underhåll och support, kan beställaren få ut källkoden för att kunna säkra uppdateringar och underhåll av programmet. På så sätt kan beställaren säkra sitt kontinuitetsbehov och skydda sin IT-investering genom att undvika att den blir värdelös till följd av leverantörens misskötsamhet.

Har äganderätten till upphovsrättigheterna gått över till beställaren genom immaterialrättsklausulen i avtalet blir källkodsdeponering inte aktuellt. Beställaren är då redan skyddad från de risker som deponeringen avser att minimera. Källkodsdeponeringen bygger på att beställaren i leveransavtalet fått en nyttjanderätt till programmet och därmed är att betrakta som licenstagare.

Deponeringsavtalet upprättas som ett separat tillägg till leveransavtalet. En hänvisning till deponeringsavtalet görs då lämpligen i leveransavtalet. Parterna bör enas om vilken aktör,

---

<sup>87</sup> Formatet som kopian lämnas på brukar i avtalen kallas för *medium*.



d.v.s. oberoende tredje man, som ska anförtros depositionsuppdraget. Idag finns det bolag som enbart sysslar med förvaring av deponerad källkod och där tillhörande tjänster. De största aktörerna som depositarier på svenska marknaden är Escrow Europe Scandinavia<sup>88</sup> och Stockholm Handelskammars elektroniska depositionsverksamhet<sup>89</sup>. Även advokatbyråer kan agera som depositarie men det är numera sällsynt.

I deponeringsavtalet är det viktigt att tydligt reglera leverantörens åtaganden i form av källkodens kvalitet och eventuella tidsfrister för när nya uppdateringar av källkoden ska vara deponerade. Det är också viktigt att reglera på vilka grunder beställaren har rätt att få ut källkoden samt hur beställaren får lov att använda den.

De vanligaste grunderna för utlämnande av källkoden till beställaren<sup>90</sup> är:

- licensgivaren i väsentlig mån brutit mot underhållsavtalet eller licensavtalet och att avtalsbrottet inte avhjälpes i rätt tid,
- licensgivaren inte längre saluför produkten eller
- licensgivaren har trätt i likvidation, ställt in sina betalningar eller gått i konkurs<sup>91</sup>.

Ett typexempel på hur beställarens (i klausulen benämnd licenstagarens) rätt att använda källkoden reglerats är:

#### **§ Licenstagarens begränsade rätt att använda Depositionen**

Om Depositionen utlämnas till Licenstagaren i enlighet med detta avtal, äger Licenstagaren en begränsad rätt att använda Depositionen enligt följande:

- (1) Depositionen får endast användas i syfte att förstå, underhålla och korrigera Produkten i enlighet med vad som överenskommit i Licensavtalet. Licenstagaren får inte göra Depositionen tillgänglig för annan än anställda hos Licenstagaren eller andra som tillfälligt arbetar på uppdrag av Licenstagaren och som behöver tillgång till Depositionen för att kunna förstå, underhålla och korrigera Produkten;
- (2) Licenstagaren förbinder sig att när Depositionen inte används förvara den på ett säkert sätt och återsända den till Licensgivaren för det fall Licenstagares rätt att använda den upphör. Detta avtals upphörande fräntar inte Licenstagaren, dess anställda eller andra som arbetar på uppdrag av Licenstagaren deras skyldighet att iakttaga vad som sagts under (1).<sup>92</sup>

Depositarien är liksom beställaren och leverantören avtalspart och har därför också rättigheter och skyldigheter gentemot parterna. Depositariens ansvar måste därför regleras i avtalet. Framförallt är det viktigt att reglera depositariens ansvar vid felaktiga eller icke genomförda utlämnningar av källkoden. Vanligen friskriver sig depositarien från ansvar för depositions

---

<sup>88</sup> <http://www.escroweurope.com/affiliates/Sweden/home.html>.

<sup>89</sup> <http://www.cci.se/se/Tjanster/Kallkodsdeponering/>.

<sup>90</sup> I den här framställningen kommer jag inte beröra de grunder som ger leverantören rätt att få den deponerade källkoden utlämnad.

<sup>91</sup> I den sakrättsliga litteraturen diskuteras om händelsen av leverantörens konkurs verkligen kan vara ett giltigt villkor för att beställaren ska få ut källkoden. För det fall leverantören går i konkurs får beställaren teoretiskt sett en avtalad förmånsrätt till en tillgång i konkursen. Avtalet kan då betraktas som ett avtalat exekutionsförbud, vilket inte är tillåtet enligt svensk konkurslagstiftning. Eftersom det inte finns utrymme för att redogöra för sakrättsliga frågor inom den här framställningen kommer problematiken inte närmare att beröras här. De som tecknar ett depositionsavtal bör dock vara medvetna om att konkursvillkoret kan orsaka problem även om det i praktiken borde kunna lösas genom att andra villkor för utlämnandet tillämpas.

<sup>92</sup> Klausulen är hämtad från Stockholms Handelskammars modellavtal DEPOSIT 2008.

innehåll. Det är också standard att depositarien friskriver sig från ansvar för parternas indirekta förlust och att skadeståndsbeloppet är begränsat. Stockholms Handelskammare har en beloppsspärr på 100 000 kronor medan Escrow Europe Scandinavia har satt sin spärr för skadeståndsbeloppet på 100 000 EUR.<sup>93</sup>

### 5.1. Trepartsavtal eller tvåpartsavtal?

Det finns två typer av källkodsdepositionsavtal; trepartsavtal och tvåpartsavtal. Det relevanta vid systemleveranser är trepartsavtal. Trepartsavtalet ingås mellan leverantören, beställaren och depositarien, medan tvåpartsavtalet endast ingås mellan leverantören och depositarien.<sup>94</sup> Trepartsavtalet avser att säkerställa att beställaren får tillgång till erforderlig teknisk information för att kunna säkra sina kontinuitetsbehov medan tvåpartsavtalet är ett sätt för leverantören själv att säkra tillgång till skapat intellektuellt kapital inför framtiden.<sup>95</sup>

Tvåpartsavtal används ibland som en bas för ett ramavtal för flerpartsavtal när en IT-leverantör har många beställare. En beställare som ingår avtal med leverantören blir då ansluten part till depositionsavtalet och får rätt att hämta ut källkoden under de förutsättningar som redovisats ovan.<sup>96</sup>

### 5.2. Alternativ till källkodsdeponering

Nackdelen med källkodsdeponering är att det är relativt dyrt.<sup>97</sup> Ett alternativ för parterna kan vara att själva reglera i avtalet att beställaren ska ha rätt att få tillgång till källkoden under samma förutsättningar som uppställs i avtalet om källkodsdeponering. Nackdelen för beställaren är att han/hon måste vända sig direkt till leverantören för att få ut källkoden och har det uppstått en konflikt mellan parterna kan det bli praktiska problem att få ut koden, likaså om leverantören gått i konkurs och står under en konkursförvaltare.

## 6. Agila leveranser – på väg mot en mer ändamålsenlig systemleverans?

*”IT-utveckling är en innovationsprocess, det vill säga man tar ett steg, går tillbaka och utvärderar, tar ett nytt steg och utvärderar igen. Hela tiden måste man se till att det man skapar faktiskt löser de problem man vill lösa och anpassa sig efter de följer det för med sig. Det är inte ovanligt att när man gjort en del av projektet blir det tydligt att det ursprungliga problemet har förflyttats och att projektet måste byta fokus.”<sup>98</sup>*

Det är vanligt att det uppstår konflikter mellan parterna i ett IT-leveransavtal. Projektet representerar stora värden och det skapar stor frustration när systemet inte fungerar ändamålsenligt. Ofta uppkommer konflikterna i slutet av projektet när leverantören levererat systemet och beställaren ska genomföra testningsfasen. Beställaren hittar då avvikelser eller brister i systemet som han/hon vill att leverantören ska åtgärda. Diskussion uppstår om funktionen var angiven i kravspecifikationen och om avvikelserna är fel som leverantören ska

<sup>93</sup> Se Stockholms Handelskammares modellavtal DEPOSIT 2008 och Escrow Frame Agreement Software Source Code.

<sup>94</sup> <http://www.escroweurope.com/affiliates/Sweden/indexswe.html>.

<sup>95</sup> MacRae, E, *Källkodsdeponering - analys av källkodsdeponeringsavtal*, s. 24.

<sup>96</sup> <http://www.escroweurope.com/affiliates/Sweden/products/SoftwareEscrow2p.html>.

<sup>97</sup> Samtal med praktiker 2, 2010-10-12.

<sup>98</sup> Erik Fors-Andrée, verksam som projektledare och projektstrateg inom IT-branschen.

åtgärda. Konflikterna kräver tid och resurser från båda parter. Resurser som skulle kunna användas till betydligt bättre ändamål för den egna verksamheten.

En rapport från Exido<sup>99</sup> visar att 72 % av alla svenska IT-projekt misslyckas.<sup>100</sup> Misslyckandena i statistiken hänför sig till tid, budget och resultat. Främsta orsakerna till att så många projekt misslyckas tror jag är bristande kommunikation mellan parterna under projektets gång och ömsesidig bristande kunskap om projektets mål och genomförande.

För att komma till rätta med den negativa trenden med misslyckade systemutvecklingsprojekt inom IT-branschen har en ny projektform, *agila leveranser*<sup>101</sup>, utvecklats. Den projektform som tidigare varit den mest förekommande projektmetoden är *Vattenfallsmodellen* som beskrivits av Winston Royce.<sup>102</sup> Vattenfallsmodellen innebär att mjukvaran utvecklas i olika sekventiella faser med milstolpar för varje fas. Vattenfallsmetoden präglas av omfattande planering och dokumentation för att på *förhand* förhindra fel och buggar. Det tar därför lång tid innan programmerarna börjar producera kod.

Ordet *agil* kan översättas med *lättroblig* eller *vig*. Syftet med projektformen är att skapa systemleveranser som under utvecklingen är mer lättrobliga och anpassningsbara till beställarens verksamhet och önskemål. Genom att anpassa systemet under utvecklingens gång minskar risken för haveri i slutet av utvecklingsprocessen. Brister och nya behov upptäcks efter hand istället för vid en slutlig testfas.

Som stöd för projektformen har det Agila Manifestet skapats:

*”Individer och interaktioner framför processer och verktyg  
Fungerande programvara framför omfattande dokumentation  
Kundsamarbete framför kontraktförhandling  
Anpassning till förändring framför att följa en plan*

*Det vill säga, medan det finns värde i punkterna till höger, värdesätter vi punkterna till vänster mer.”<sup>103</sup>*

Förenklat går en systemleverans med den agila metoden till på följande sätt:



Utvecklingsförloppet präglas av ett ständigt samarbete mellan parterna med utvärdering och godkännande i flera etapper. På så sätt uppmärksammas brister och nya behov tidigare i

<sup>99</sup> Exido är ett analys- och konsultbolag med fokus på IT-marknaden i Sverige. <http://www.exido.se/>.

<sup>100</sup> <http://edenstrom.wordpress.com/2008/03/25/72-av-alla-svenska-it-projekt-misslyckade/>. Liknande statistik visas även från en undersökning baserad på 70 000 IT-projekt sedan 1985 som gjorts av Standish Group. Undersökningen visar att endast 32 % av alla IT-projekt lyckas. 24 % av statistiken är baserad på IT-projekt i Europa, resterande statistik är baserad på USA (58 %) och resten av världen (18 %). <http://www.standishgroup.com/>.

<sup>101</sup> Det finns olika agila metoder exempelvis Dynamic Systems Development Method (DSDM), XP-Extreme Programming och Scrum. Eftersom samtliga metoder bygger på samma grundprincip om en rörlig systemleverans används här *agila leveranser* som ett samlingsbegrepp för olika agila metoder.

<sup>102</sup> Dr. Winston W. Royce, *Managing the Development of Large Scale Software Systems*.

<sup>103</sup> <http://agilemanifesto.org/>, upphovsmän till manifestet är Kent Beck, Mike Beedle, Arie van Bennekum, m.fl.

processen. Med den här projektmetoden ställs högre krav på beställaren som måste vara aktiv under hela projektets gång. Genom att båda parter är kontinuerligt aktiva kan utvecklingsarbetet lättare anpassas och bli mer ändamålsenligt.

Grundtanken med projektformen är att leverantören ska leverera en jämn ström av värde till beställaren. Istället för att leverera hela systemet i slutet av projektet levereras delar av systemet löpande. Eftersom planeringen sker löpande istället för att planera hela systemet innan start kan programmerarna börja producera kod direkt. Genom kontinuerlig feedback och utvärdering kan leverantören minska risken för felutveckling.<sup>104</sup> Fördelen med att leveransen sker på det här sättet är också att beställaren inte blir lika beroende av leverantören. Upplever beställaren att utvecklingen inte motsvarar förväntningarna är det lättare att byta ut leverantören och en ny leverantör kan fortsätta där den förra slutade.<sup>105</sup> Detta ställer ökade krav på leverantören som måste se till så att beställaren får det som han/hon önskar. Leverantören måste också se till så att programmeringen görs korrekt med korrekt sortering, dokumentation och testning<sup>106</sup> så att en ny leverantör kan fortsätta för det fall uppdraget upphör. Utrymmet för att programmera i så kallad ”fulkod” minskar därför.<sup>107</sup>

### 6.1. Den agila projektmetodens nackdelar

Det kan verka som att denna nya projektmetod är lösningen på alla problem, vilket naturligtvis inte är sant. Med projektmetoden följer nya problem och utmaningar. Ett problem är att dagens standardavtal inte är anpassade för den nya projektformen. Det är därför inte lämpligt att använda något av standardavtalen utan att modifiera och komplettera dem till agil systemleverans. Osäkerhet råder om hur IT-avtal med agila leveranser ska utformas. Det finns dock ett norskt standardavtal för agila leveranser som är framtaget av Norska Dataföreningen, ”PS2000 Smidig/Agile” som kan användas som förebild.<sup>108</sup>

En av avsikterna med projektformen är att avtalen ska bli mindre omfattande eftersom samarbetet utvecklas efter hand, ”*kundsamarbete framför kontraktsförhandling*”.<sup>109</sup> Vid ett sådant avtal krävs ett ömsesidigt förtroende mellan parterna vilket finns i den bästa av alla världar men kanske inte i alla avtalsförhållanden.

Eftersom mindre fokus läggs på kontraktsförhandlingen är det omöjligt för beställaren att bedöma kostnad och tidsåtgång på förhand. Det är också svårt för beställaren att förutse slutresultatet. Detta är nackdelar som beställaren måste vara medveten om när han/hon ger sig in i ett agilt systemleveransavtal eftersom projektformen innebär en maktförskjutning åt leverantören.

---

<sup>104</sup> Föreläsning av Elisabeth Hendrickson, <http://www.youtube.com/watch?v=bqrOnIECCSg>.

<sup>105</sup> Samtal med praktiker 1, 2010-10-26.

<sup>106</sup> I den agila programmeringsmetoden testas programmerarna koden löpande under arbetets gång. Testningen ses som en del av programmeringen och värderas som lika viktig som själva skapandet av koden. För den som intresserar sig för agila testningsmetoder rekommenderar jag en föreläsning av Elisabeth Hendrickson, <http://www.youtube.com/watch?v=bqrOnIECCSg>.

<sup>107</sup> Fulkod är en bit programkod, vars syfte är att på ett enkelt och snabbt sätt lösa ett tillfälligt problem, vilket oftast resulterar i att koden blir svårbegriplig, svår att underhålla eller gör programmet instabilt, definition wikipedia.

<sup>108</sup> <http://www.dataforeningen.no/>.

<sup>109</sup> Se det Agila Manifestet.

Projektformen passar inte heller för upphandlingsförfaranden eftersom kravspecifikationen inte är färdigställd vid upphandlingen. Vid en agil systemleverans modifieras kravspecifikationen efter hand. Det är därför svårt att uppskatta dels priset, dels den färdiga tekniken, vilket leder till att jämförbarheten mellan offerter från olika leverantörer blir sämre. De strikta krav som finns för statliga myndigheters offentliga upphandlingar kan förväntas sätta käppar i hjulet för användningen av agila leveranser i statlig verksamhet.<sup>110</sup>

## 6.2. Reglering av upphovsrätter i agila systemleveransavtal

En av fördelarna med den agila projektmetoden är att beställaren kan fortsätta utvecklingen av systemet med en annan leverantör om samarbetet med den första leverantören inte fungerar. Det är därför viktigt att i immaterialrättsklausulen täcka upp för att projektet kan fortsätta även efter ett leverantörsbyte. Det är viktigt att se till så att beställaren löpande ges tillgång och användningsrätt till allt material som levereras. Jag förespråkar inte att beställaren får äganderätten till det levererade men en omfattande nyttjanderätt som ger beställaren rätt att modifiera, utveckla och vidareöverlåta programvaran för det fall avtalsförhållandet med leverantören upphör.

I de agila systemleveranserna är det inte lika vanligt att leverantören bygger systemet på en befintlig standardplattform utan utvecklingen är mer beställarspecifik från början. Samma behov för leverantören att skydda sina standardverktyg finns då inte. Använder sig leverantören ändå av sådana plattformar som leverantören avser att använda i andra systemleveranser bör upphovsrätterna skiljas åt i en del som är beställarspecifik och en del som är leverantörens ”pre-existing elements”.

I det norska standardavtalet för agila leveranser regleras de immateriella rättigheterna så att leverantören behåller rättigheterna till standardprogramvara och ”pre-developed software”. Vilken programvara som utgör det ena eller det andra specificeras sedan av parterna individuellt. I avtalet finns det också möjlighet att ange sådan programvara som inte är kritisk för beställarens verksamhet och låta rättigheterna till sådan programvara stanna kvar hos leverantören. Beställaren ges fri tillgång (nyttjanderätt) till sådan programvara som leverantören förbehållit sig rättigheterna till. Rättigheterna till övrig kundspecifik programvara övergår till beställaren med äganderätt om man tolkar F.3.1 i standardavtalet *e contrario*. Det framgår dock inte uttryckligen, varför det med tanke på specifikationsprincipens tillämpning bör rekommenderas att en uttrycklig skrivning förs in om parterna önskar att äganderätten till kundspecifik programvara ska gå över till beställaren.

En förutsättning för att projektet ska kunna fortsätta med en ny leverantör är att beställaren ges tillgång till all källkod, inklusive källkoden till standardprogramvara och ”pre-existing elements”. I det norska agila standardavtalet rekommenderas att parterna för in en sådan möjlighet för det fall avtalet upphör. Som visades i rättsfallet Antonsson & Akribi mot DHL ovan måste beställaren utöver tillgången till källkoden ges rätt att vidareutveckla,

---

<sup>110</sup> Det finns mycket som talar för att Lagen om Offentlig Upphandling (LOU) inte passar för upphandling av IT-system eftersom upphandlingar som baseras på lägsta pris sällan ger det mest ändamålsenliga resultatet och då är pengarna i slutändan ändå bortkastade även om beställaren fått det *lägsta priset*. Förhoppningsvis ses lagen över inom snar framtid.

vidareöverlåta och modifiera källkoden. Utan sådan rätt har beställaren inte en reell möjlighet att vidareutveckla systemet med en ny leverantör.

I praktiken kan det vara andra faktorer än just de immateriella rättigheterna som gör att beställaren inte anser sig ha en reell möjlighet att byta leverantör. Exempelvis kan beställaren vara ovillig att lämna tillgång till känslig information i sin verksamhet till fler aktörer än nödvändigt. Omfattande resurser kan redan ha lagts ner i projektet och ett leverantörsbyte kan ta lång tid och bli ännu dyrare eftersom det tar tid för den nya leverantören att sätta sig in i systemet och beställarens behov.

## 7. Exempelklausuler

Under det här avsnittet kommer jag att presentera och analysera olika avtalsskrivningar i systemleveransavtal.

Jag har valt ut tre partsindividuella avtal med en leverantörsvänlig klausul (7.1), en beställarvänlig klausul (7.2) och slutligen en kompromisslösning (7.3). Avslutningsvis redogörs för regleringen i standardavtalet IT-Projekt 2008 (7.4). I immaterialrättsklausulerna regleras oftast tredje mans immateriella rättigheter, exempelvis om systemet innehåller en del som levererats av en annan utomstående leverantör. I den här framställningen kommer inte tredje mans rättigheter att beröras.

Kärnfrågorna är:

- Har de immateriella rättigheterna upplåtits med nyttjanderätt eller övergått med äganderätt till beställaren?
- Är användningsrätten tydligt angiven?
- Finns det någon otydlighet i klausulen?
- Får den ena eller andra parten ett orimligt övertag?

### 7.1. Leverantörsvänlig klausul

”§ 1.1<sup>111</sup> På de villkor som anges i denna punkt beviljas beställaren härigenom en icke-exklusiv licens att använda Systemprogramvaran och Dokumentation i den koncern som beställaren ingår i och i sådant antal som närmare anges i Bilaga X. Denna licens innefattar en rätt för beställaren att:

- (a) anpassa, uppgradera och modifiera Systemprogramvaran och Dokumentation som beställaren bedömer nödvändigt; och
- (b) förutsatt att leverantörens skriftliga godkännande härtill föreligger anlita en tredje man för att, helt eller delvis för beställarens räkning, sköta IT-systemet via ett outsourcingarrangemang.

§ 1.2 Om inte parterna överenskommit annat behåller leverantören, [...] samtliga immateriella rättigheter. I den utsträckning programvara utvecklas av leverantören i enlighet med detta avtal behåller leverantören samtliga rättigheter till sådan programvara inklusive käll- och objektкод och beställaren beviljas härigenom den licens som anges i punkt 1.1.

---

<sup>111</sup> Samtliga nummer i framställningen är fiktiva.

§ 1.3 Licensen att använda Systemprogramvaran och Dokumentationen kommer att bestå under den tid underhållsavtal enligt punkten X är gällande mellan beställaren och leverantören. Beställaren har under denna tid även rätt till nya versioner, uppdateringar, patchar eller korrigeringar av Systemprogramvara.”

Leverantören behåller samtliga immateriella rättigheter till den programvara som utvecklats enligt avtalet.

Beställaren ges i avtalet en icke-exklusiv nyttjanderätt till systemet och tillhörande dokumentation. Nyttjanderätten innehåller en rätt att använda, uppgradera och modifiera programmet. Det finns alltså ingen otydlighet avseende användningen. Beställaren ges inte tillgång till programmets källkod, vilket gör att uppgraderingar och modifieringar i princip blir omöjliga att genomföra utan leverantörens hjälp eftersom beställaren endast kan se programkoden i binär form, d.v.s. i siffrorna 1 och 0.

Beställarens licens är knuten till underhållsavtalet med leverantören. Upphör underhållsavtalet upphör licensen till det levererade systemet. Utan gällande underhållsavtal blir systemet värdelöst för beställaren. Det här är ett typiskt exempel på hur leverantören garanterar sig själv fortsatta inkomster till följd av avtalet. Genom den här skrivningen hamnar beställaren i beroendeställning till leverantören.

## 7.2. Beställarvänlig klausul<sup>112</sup>

“§ 1.1 All Intellectual Property Rights in and to information and material provided by the Customer to the Supplier shall remain the exclusive property of the Customer. The Supplier may only use such information and material for the purposes for which it was provided or came into its possession and only to the extent necessary to carry out its obligations according to the Agreement.

§ 1.2. All Intellectual Property Rights in Deliverables provided under this Agreement is transferred to the Customer including the right to modify the Deliverables and to retransfer the Intellectual Property Rights thereto.”

I avtalet regleras dels immateriella rättigheter som tillhandahållits till systemet från beställaren (1.1), dels immateriella rättigheter som leverantören skapat genom utvecklingen av systemet (1.2). Beställaren behåller de immateriella rättigheter som han/hon tillfört till systemet och de immateriella rättigheter som uppkommit genom leverantörens arbete *överförs* därutöver till beställaren. I stycke 1.1 anges att de immateriella rättigheterna är beställarens *exklusiva egendom (exclusive property)* medan det i 1.2 anges att de immateriella rättigheterna *överförs (is transferred)* till beställaren inkluderat en *rätt att modifiera* det levererade programmet. Fråga uppkommer om de immateriella rättigheterna som avses i 1.2 övergått med äganderätt till beställaren eller om beställaren endast fått en nyttjanderätt. Termen *transfer* kan översättas till många olika betydelser, däribland till *överlåtelse*. I den svenska lydelsen i 27 § URL innebär *överlåtelse* såväl övergång som upplåtelse av rättigheterna. Därför är formuleringen i stycke 1.2 inte glasklar. Enligt min tolkning förefaller det som om parterna åsyftat att rättigheterna skulle övergå till beställaren med äganderätt,

---

<sup>112</sup> Klausulen återges på sitt originalspråk för att undvika misstolkningar till följd av översättningen.

men en tolkning enligt specifikationsprincipen skulle kunna medföra att beställaren endast fått nyttjanderätt och rätt att modifiera programvaran. Framgår det av avtalets syfte att beställaren får äganderätten till de immateriella rättigheterna kan resultatet emellertid bli att beställaren enligt en ändamålsenlig tolkning får äganderätt. Beställaren bör därför vara försiktig med en sådan otydlig skrivning och inte låta sig invaggas i en falsk trygghet om att rätten till de immateriella rättigheterna övergått till honom/henne.

Tolkas klausulen så att äganderätten gått över till beställaren vållar användningsrätten inga problem. Tolkas klausulen däremot så att beställaren endast fått en nyttjanderätt innehåller nyttjanderätten endast en rätt att modifiera eller återöverföra det levererade systemet, vilket är en låg grad av användningsrätt.

Problemet för leverantören är att det kan bli problem att använda delar av den levererade programvaran i andra leveranser om äganderätten gått över till beställaren. Problemet för beställaren är att han/hon inte garanteras äganderätten till de immateriella rättigheterna eftersom klausulen är otydligt formulerad.

### 7.3. Kompromiss

I det här avtalet finns ingen uttrycklig immaterialrättslig klausul utan rättigheterna och användningen regleras på olika ställen i avtalet. Under ett kapitel som benämns ”Licens” regleras beställarens nyttjanderätt och vilken användning som är tillåten. I ett senare kapitel benämnt ”Källkod” regleras beställarens tillgång till källkoden. Därutöver har parterna specifikt reglerat beställarens tillgång till material vid händelse av avtalets upphörande. Det här avtalet var föremål för intensiv förhandling och båda parter har fått göra uppoffringar.

I avtalet skiljs mellan *standardprogramvara* och *modifikation*. Standardprogramvaran är en sådan produkt som leverantören tillhandahåller som bas i leveranser till flera olika kunder medan modifikation är sådan programvara som utvecklats specifikt för beställaren. Beställaren ges i avtalet en enkel och snäv licens till standardprogramvaran men en betydligt bredare licens till modifikationerna innehållande tillgång till källkoden. Nedan redovisas de delar av klausulerna som är relevanta för förståelsen av regleringen.

#### ”Licens

§ 1.1 Genom detta Avtal tillerkänns beställaren, på de villkor som framgår av detta Avtal och för användning i Masterversionen samt i de Driftsättningsländer som beställaren avropar, en icke exklusiv, icke överlåtbar och evig, licens till:

- (a) De Modifikationer som närmare framgår av Bilaga X och Bilaga Y eller som parterna särskilt överenskommer.
- (b) Den för systemet framtagna Dokumentation.

Licens till Standardprogramvaran följer av det licensavtal som tecknats mellan beställaren och rättighetsinnehavaren till respektive Standardprogramvara.

§ 1.2 Beställaren äger rätt att, under licenstiden, på egen hand eller genom tredje part utföra de anpassningar, uppgraderingar och modifieringar av Systemet (dock ej i Standardprogramvaran) och Dokumentation som beställaren bedömer



nödvändig samt själv eller genom tredje part drifta, underhålla och lämna support av Systemet.

### **Källkod**

§ 2.1 Modifikationerna kommer att levereras i källkodsformat till beställarens server. Beställaren äger rätt att fritt kopiera och använda källkoden såväl själv som genom tredje man.”

Uppdelningen av programvaran i en standarddel och en beställarspecifik del är en bra metod för att tillvarata båda parter intressen. Leverantören kan på detta sätt fortsätta att använda sina standardplattformar utan att hamna i konflikt med beställaren och beställaren kan säkra sina kontinuitetsbehov genom att han/hon har en vid nyttjanderätt innehållande tillgång till källkoden. Beställaren får inte äganderätt till modifikationerna men en evig licens. Användningsrätten är tydligt angiven och innehåller rätt att anpassa, uppgradera och modifiera systemet, vilket också blir möjligt genom tillgången till källkoden. Det här är ett bra exempel på en ändamålsenlig klausul utan äganderättsbegreppet.

Licensen som beställaren fått genom avtalet är dock icke-exklusiv, vilket gör att beställaren inte är skyddad mot att leverantören använder resultatet i andra leveranser till andra beställare. Vill beställaren ha ett sådant skydd bör parterna införa en konkurrensskrivning innebärande att leverantören inte får använda resultatet till förmån för någon som driver med beställaren konkurrerande verksamhet.

En brist med avtalslösningen är att regleringen är utspridd på olika ställen i avtalet. Möjligen hade det blivit tydligare om de immateriella rättigheterna, licensen och tillgången till källkoden reglerats under samma kapitel eller i varje fall i varandra efterföljande kapitel.

### *7.4. Regleringen i IT-Projekt 2008*

De flesta leverantörer vill använda standardavtalet IT-Projekt 2008 som grund för avtalet. Därför är det bra att vara medveten om hur de immateriella rättigheterna regleras i detta avtal.

”Kunden erhåller en icke exklusiv i tiden obegränsad rätt att för avtalat ändamål nyttja och vid detta egna nyttjande modifiera och mångfaldiga resultatet av det av leverantören utförda arbetet inom ramen för uppdraget”

Klausulen säger ganska lite och måste därför kompletteras med individuella villkor. Dessa villkor kan utformas till för- eller nackdel för respektive part. I nuläget är klausulen till leverantörens fördel.

Beställaren ges en nyttjanderätt till resultatet, vilket ger leverantören möjlighet att fritt använda resultatet i andra leveranser. Fördelen för beställaren är att han/hon erhåller en i tiden obegränsad licens och en rätt att modifiera och mångfaldiga resultatet inom ramen för uppdraget. Eftersom beställaren inte ges tillgång till källkoden är han/hon fortfarande ”låst” till leverantören för att kunna uppgradera och anpassa systemet.

## 8. Avslutande diskussion, slutsats

I avtalet försöker parterna reglera vad som är ”ditt och mitt”. Parterna vill ha äganderätten till en tillgång som inte går att ta på utan som ”flyter omkring” i den produkt som leverantören levererat till beställaren. När hårdvaran och utrustningen levereras till beställaren är det enkelt att se *när* äganderättsövergången sker. Det är också lätt att se *vad* som går över från leverantören till beställaren. Maskinen flyttas från leverantörens lager och monteras i beställarens lokaler. Upphovsrätten uppkommer däremot successivt i takt med att programvaran skapas. Utnyttjandet av verket kan ske av både beställaren och leverantören samtidigt och det krävs inte att upphovsrätten fysiskt flyttas (vilket för övrigt är en omöjlighet). Det går därför inte att se var upphovsrätten finns på samma sätt som det går att se att utrustningen har traderats till beställaren.

Om vi klipper av leverantörens äganderätt till upphovsrätten varje gång som ett system levereras till en beställare så måste leverantören uppfinna hjulet på nytt för varje system som ska utvecklas. Det skulle hämma utvecklingen på IT-området eftersom leverantörens möjligheter till att vidareutveckla befintliga plattformar till nya system och nya lösningar blir avklippt.

Om beställaren inte ges rättigheter att använda systemet på ett ändamålsenligt sätt efter att avtalet med leverantören upphört måste systemet kasseras och omfattande investeringar blir plötsligt värdelösa. En sådan lösning leder till värdeförstöring.

Det är inte lämpligt att behandla upphovsrätten på samma sätt som andra fysiska föremål behandlas och på samma sätt reglera upphovsrätten i termer av vad som är ”ditt och mitt”. Vad det egentligen handlar om är att beställaren måste kunna få tillgång till det levererade systemet på ett sådant sätt att det kan användas friktionsfritt i verksamheten, samtidigt som leverantören måste kunna fortsätta sin verksamhet och leverera nya system till andra beställare. Det handlar alltså inte om att i avtalet skära den upphovsrättsliga kakan i delar som är ”dina eller mina” utan att istället reglera hur kakan ska kunna nyttjas på ett ändamålsenligt sätt av respektive part. Att använda begreppet äganderätt till upphovsrättigheterna kan vara problematiskt och olämpligt.

Så här bör man gå tillväga när man skriver en ändamålsenlig immaterialrättsklausul i ett IT-avtal.

- Se förbi äganderätten och reglera istället hur användningen får ske. Reglera vem som har rätt att använda systemet, om användningsrätten är evig eller begränsad och under vilken tid användningsrätten gäller samt vad som ingår i användningsrätten som exempelvis anpassning, uppgradering, modifiering, mångfaldigande eller vidareöverlåtelse. Kräver någon part äganderätt är det viktigt att ändå reglera användningsrätten.
- Försök att hitta en balans så att avtalet inte skapar låsningseffekter mellan parterna och se till parternas faktiska behov framför en principiell önskan om äganderätt.
- Genom att reglera beställarens tillgång till källkoden kan nyttjanderätten göras vidare eller snävare för varje specifik situation. Är beställaren beroende av att själv eller med

annan leverantör kunna göra uppdateringar eller anpassningar av systemet bör beställaren ges tillgång till källkoden för att kunna säkra sina kontinuitetsbehov.

- Är tillgången till källkoden kritisk för beställaren är det lämpligt att använda sig av källkodsdeponering hos en tredje part för att försäkra sig om att källkoden finns tillgänglig. Är tillgången till källkoden inte avgörande för beställaren är det bättre att spara de pengar som källkodsdeponeringen kostar och istället reglera tillgången till källkoden individuellt mellan parterna. Kom ihåg att tillgång eller besittning till källkoden inte är detsamma som äganderätt till källkoden.
- Begreppet *överlåtelse* bör inte användas eftersom det avser både nyttjanderätt och äganderättsövergång. Vidare måste uttryckligen anges om beställaren har rätt att vidareöverlåta äganderätten eller nyttjanderätten.
- Allmänna avtalstolkningsprinciper äger tillämpning på upphovsrättsliga avtal så som på ”vanliga” avtal.
- Se upp med breda och otydliga formuleringar samt ord som kan vara mångtydiga, särskilt om du företräder beställarsidan.
- Säkerställ att det i avtalets ingress framgår vad avtalets syfte och systemets avsedda användning är.
- Används standardavtal ska detta vara ett aktivt val från båda parter. Se upp med att slentrianmässigt använda standardavtal utan individuell förhandling.
- För att tillgodose beställarens eventuella krav på exklusivitet till systemet bör man fundera över om konkurrensbegränsning ska införas i avtalet.
- Reglera beställarens tillgång till källkoden och användningsrätt till denna för det fall avtalet upphör, i synnerhet om den agila projektmetoden används, se stycke 6.2.

## Källförteckning

### Böcker

Andreasson, Jens, *Intellektuella resurser som kreditsäkerhet, en förmögenhetsrättslig undersökning*, Juridiska institutionens skriftserie, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, skrift 6, 2010.

Baker & McKenzie, *Guide to Intellectual Property in the I.T. Industry*, Sweet & Maxwell, London 1998.

Bergström, Svante, *Lärobok i upphovsrätt*, fjärde upplagan, Iustus, Uppsala 1994.

Berniz, Ulf, Karnell, Gunnar, m.fl., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, tionde upplagan, Handelsbolaget Immaterialt Rättsskydd i Stockholm, Stockholm 2007.

Christner, Anders, SITO – Svenska IT-företagens Organisation, *Kommentarer till IT-branschens standardavtal*, Förlags AB Industrilitteratur, 1995.

Hellner, Jan, *Köp och avtal: Uppsatser 1980-92*, Juristförlaget, Stockholm 1992.

Koktvedgaard, Mogens, Levin, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt*, åttonde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2004.

Lindberg, Agne, Westman, Daniel, *Praktisk IT-rätt*, tredje upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2001.

Ramberg, Christina och Ramberg, Jan, *Allmän avtalsrätt*, åttonde upplagan, Norstedts Juridik, Solna 2010.

Rosén, Jan, *Upphovsrättens avtal*, tredje upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2006.

Schovsbo, Jens, *Immaterialretsaftaler, fra kontrakt til status i kontraktsretten*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn 2001.

Seipel, Peter, *Juridik och IT, introduktion till rättsinformatiken*, sjunde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2001.

Wahlgren, Peter, *Materialsamling IT-rätt*, tredje upplagan, Jure AB, Stockholm 2002.

### Tidskrifter, artiklar

Bengtsson, Henrik, *Rätten till ett beställt verk i ljuset av nya domstolsavgöranden*, Ny Juridik 4:05 s.31.

Calissendorff, Kerstin, *Rätten till ett beställt verk*, Ny Juridik 2:98 s. 89.

MacRae, Erika, *Källkodsdeponering - analys av källkodsdeponeringsavtal*, 20 p. tillämparuppsats, VT 2002, Juridiska Institutionen vid Göteborgs universitet.

Nordell, Per-Jonas, *Tolkningsprinciper i upphovsrättsavtal*, NIR 4/2008.

Dr. Winston W. Royce, *Managing the Development of Large Scale Software Systems*.

### Lagkommentarer

Dag Mattson, *Lagkommentar till URL*, Thomson Reuters.

Jori Munukka, *Lagkommentar till Köplagen*, Thomson Reuters.

## **Offentligt tryck**

SOU 1956:25

SOU 1985:51

SOU 2010:24

Prop. 1993/94:109

Prop. 1996/97:129

## **EU-Direktiv**

Direktivet 2001/29/EC av Europa-parlamentet och av rådet den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället. *Infosocdirektivet*.

Rådets direktiv 91/250/EEG av den 14 maj 1991 om rättsligt skydd för datorprogram. *Softwaredirektivet*.

## **Rättsfall**

Hovrätten över Skåne och Blekinges dom 1993-04-14, T 197 -92, DT 4149, Blekinge fiskarens centralförening – Blekinge Data.

Svea hovrätts dom 2010-01-19, T 148-08, Antonsson & Akribi – DHL Express (Sweden) AB.

## **Avtal**

Avtal 90, IT&Telekomföretagen.

IT-Projekt 2008, IT&Telekomföretagen.

Internetprojekt 2008, IT&Telekomföretagen.

PS2000 Agile, Den Norske Dataförening.

Promise 2009, Producenter av interaktiva medier.

Avtal mellan Apple Computer International och Lunds Universitet m.fl.

## **Internetkällor**

<http://agilemanifesto.org/>

<http://www.cci.se/se/Tjanster/Kalkodsdeponering/>

<http://www.chamber.se/deponeringsavtalet.aspx>

<http://www.dataforeningen.no/>

<http://edenstrom.wordpress.com/2008/03/25/72-av-alla-svenska-it-projekt-misslyckade/>

<http://www.escroweurope.com/affiliates/Sweden/home.html>

<http://www.escroweurope.com/affiliates/Sweden/products/SoftwareEscrow.html>

<http://www.escroweurope.com/affiliates/Sweden/products/SoftwareEscrow2p.html>

<http://www.exido.se/>

<http://www.macpublic.ldc.lu.se/inkop/AppleStore.pdf>

<http://www.standishgroup.com/>

<http://www.youtube.com/watch?v=bqrOnIECCSg>